

المعنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفى سنة ٥٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المعنى في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه . وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن ابراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

وهي قسمة الموارث روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن ابراهيم قال قال عمر تعلموا الفرائض فانها من دينكم وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورك العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن وقال ثنا أبو الأحوص ثنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال من تعلم القرآن فليتعلم

عنه : تعلموا الفرائض فانها من دينكم، وعن جرير عن عاصم الاحول عن مروق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللعن والسنة كما تعلمون القرآن . وقال حدثنا أبو الاحوص أخبرنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه أحمد في مسنده

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وان سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والاصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) الآية . والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بلا خلاف بين أهل العلم ، ولانه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبية وانهضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ماعداهما على ظاهره ، ينسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن

الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه الامام أحمد في مسنده ورواه الترمذي وأبو داود (مسئلة) (وأسباب التوارث ثلاثة رحم ونكاح وولاء لا غير)

لان الشرع ورد بالتوارث بها بقوله تعالى (وألو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم - ولهن الربع مما تركن) الآية وقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وعنه أنها تثبت بالموالة والمعاقدة لقول الله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) والموالة كالمعاقدة وبإسلامه على يديه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى راشد بن سعيد قال قال رسول الله ﷺ « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه ويرثه ويدي عنه » رواه سعيد وروى أبو امامة عن النبي ﷺ انه قال « من أسلم على يده رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه » وعن عيم الداري انه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين ؟ فقال « هو اولى الناس بمجياه وممانه » رواه سعيد في سننه ورواه الترمذي وقال لا اظنه متصلاً

وان سفل وبالأب، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابوين لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي

(مسئلة) قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكر آ كان الولد أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ذكرهم وأنتام يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والاب والجد أب الاب وان علا، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا الا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم للام الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يرث ولد الام مع الاب؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الاب؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وان كان رجل يرث ثروة أو امرأة وله أخ أو أخت فليكل واحد منهما السدس، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والأنثى والوالد يشمل الاب والجد

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » فأما أحاديثهم فحديث راشد مرسل وحديث أبي امامة فيه معاوية الصديقي وهو ضعيف، وحديث تميم ليس بصريح في الميراث وقيل يثبت بكونهما من أهل الديوان ولا عمل عليه، وهذا كان في بدء الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

(فصل) إذا مات الانسان بديه بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه، ثم تقضى ديونه لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم كمؤنة تجهيزه ثم تفقد وصيته الآية ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء

(مسئلة) (والجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وان علا والاخ من كل جهة وابن الاخ من الام والعم وابنه كذلك والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع: البنت وبنت الابن والام والجددة والاخت والمرأة ومولاة النعمة)

أكثر هؤلاء ثبت توريثهم بالكتاب والسنة، فالابن والبنت ثبت ميراثهما بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ويدخل في ذلك ولد الابن والابوان بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة فقيل: الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص أحمد على هذا، وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب إلى هذا بقول الفرزدق في بني أمية

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعار عليه فكان الورثة ماعدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كحاطة الكليل بالرأس فأما الوالد والولد فيها طرفا الرجل فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر

فكيف باطرافي إذا ما شمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يروى ذلك عن عمرو بن وهب عن مسعود، وقيل الكلالة قرابة الأم واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه عنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم، ويروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بالكلالة فيها الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الأخوة من الجهات كلها، وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث؟ إنما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد، ومن ذهب إلى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة

والجد يحتمل أن يتناوله هذا النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم، والاخ والاخوة من الابوين أو الاب ثبت أرثهما بقوله سبحانه (وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) والاخ والاخوة من الأم ثبت أرثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وأما ابن الأخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ «ما أبت الفروض فلا ولي رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم للام ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم لأنهم ليسوا من العصباء. وأما المولى المعتق والمولاة فثبت أرثهما بقوله عليه الصلاة والسلام «انما الولاء لمن أعتق» والجددة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس، والزوجة ثبت أرثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن) الآية، وجميعهم ذوات فرض وعصبة فالذكور كلهم عصباء إلا الزوج والأخ من الأم والاب والجد مع الابن، والإناث كلهن إذا انفردن عن أخواتهن ذوات فروض إلا المعتقة والإناث مع البنات. ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم، ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواء فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

﴿مسئلة﴾ (والوارث ثلاثة ذوات فرض وعصباء وذوو رحم.)

والبصرة والكونة ، و يروى عن ابن عباس أنه قال السكالة من لا ولد له ، و يروى ذلك عن عمر
والصحيح عنهما كقول الجماعة

(مسئنة) قال (والأخوات مع البنات عصبة لهن ما فضل وليست لهن معهن فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر وإن انفرد
أخذ الكل ، وإن استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالأخوات ههنا الأخوات من الأبوين أو
من الأب لأنه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن
عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس
ومن تابعه فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة فقال في بنت وأخت : لبنت
النصف ولا شيء ، للأخت فليل له إن عمر قضى بخلاف ذلك جعل للأخت النصف فقال ابن عباس
أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانه (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فأما
جعل لها الميراث بشرط عدم الولد، والحق فيما ذهب إليه الجمهور فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن
وأخت لا قضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللأخت رواه

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة الزوجان والأبوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والأخت من كل جهة والأخ
من الأم فللزوج النصف إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد لابن والرابع إذا كان معه أحدهما، وللزوجة الربع مع
عدم الولد وولد الابن والتمن مع أحدهما ، وهذا إجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (ولكم نصف
ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكنم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين
ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكن الثمن مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين)
وولد الابن ولد بدليل قوله تعالى يا بني آدم ويا بني إسرائيل وإنما جعل لجماعة الزوجات مثل الواحدة لأنه لو جعل
لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في
الجدات للجماعة مثل مال الواحدة لأنه لو أخذت كل واحدة السدس لأخذن النصف إذا كن ثلاثة
وزدن على ميراث الجد . فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والأخوات المنتفرقات كلهن
فإن لكل جماعة منهن مثل ما للابنتين على ما يذكر في موضعه وزدن على فرض الواحدة لأن الذكر
الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الأم فإن ذكرهم وانثاهم سواء لأنهم يرثون بالرحم
وقرابة الأم المجردة .

البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فإن ما أخذ مع البنت ليس بفرض وإنما هو بالتعصيب كيراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد، وعلى قيام قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ثم ان النبي ﷺ وهو الميراث لسكلام الله تعالى قد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الأم زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع والابنتين الثلثان ويبقى للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت المسئلة وسقطت للاخت

مسئلة قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في أرهن وحجبن لمن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يا بني آدم) مخاطب

(فصل) قال رضي الله عنه (وللاب ثلاثة أحوال حال يرث فيها بالفرض المجرد وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ويرث السدس والباقي للابن ومن معه)

لا نعلم في هذا خلافا لقول الله تعالى (ولا بويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) (وحال) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع عدم الولد وولد الابن فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث أضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) فجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالث) مجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع انات الولد أو ولد الابن فيأخذ السدس لقوله تعالى (ولا بويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للام السدس مع البنت اجماعا ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وهذا كله يجمع عليه ليس فيه خلاف نعلمه

(فصل) (قال ولا يجد ثلاثة أحوال الاب الثلاثة إلا أنه يسقط بالاب لا يدلي به ويسقط عن رتبة الاب في زوج وابوين وامرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وله حال رابع مع الاخوة

بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني إسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم ، وقال الشاعر
بنونا بنو آبائنا وبناتنا بنوهن أبنا الرجال الأبعد

(مسئلة) قال (فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض البنات الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن فرضها النصف لقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك) ففهموه أن مادون الثلاث ليس لها الثلثان، والصحيح قول الجماعة فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع «أعط ابنتي سعد الثلثين» وقال الله تعالى في الأخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنهما أقرب ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب وكل عدد يختلف فرض واحد منهم وجماعتهم فللاثنتين منهم مثل فرض الجماعة كولد الأم والأخوات من الأبوين أو من الأب فأما الثلاث من البنات فإزاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك)

والأخوات من الأبوين والأب فإنه يقاسمهم كأخ إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي لهم، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه ثم للجد الأخط من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال وسوف نذكر الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى، فروى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال إن ابن ابني مات فمالي من ميراثه؟ قال لك السدس فلما أدبر دعاه فقال إن لك سدساً آخر فلما أدبر دعاه فقال إن لك السدس الآخر طعمة قال فتادة فلان دري مع أي شيء ورثته قال فتادة أقل شيء ورث الجد السدس وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيكم يعلم ما ورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد؟ فقال معقل بن يسار أنا ورثته رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا ذريت فما يغني إذا رواه سعيد في سننه . قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن الجد أبا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب. وأزولوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الأب وثلث جميع المال مع الجد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الأخوة والأخوات للأبوين أو للأب ولا خلاف بينهم في إسقاط بني الأخوة وولد الأم ذكرهم وأنتاهم، فذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الأخوة والأخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وحكي أيضاً عن عمران بن حصين وجابر بن عبد الله وأبي

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين فقبل ثبت بهذه الآية والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق . وقد دل على هذا ان النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع « اعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضاً ان سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال امهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبتته ، وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن مالم يكن بازائهن أو أسفل منهن ذكر بعصبن وذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء الا الثلثين قليلاً كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثناني لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشارك بنات الصلب لانهن دون درجتهم فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهم كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن عمهن في الباقي فجعل بينهم لذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء : يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء الا ابن

الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم ابن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت يورثونهم معه ولا يجزونهم به وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الأخ ذكر يعصب اخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يجزون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يجزون ولأنهم تسادوا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فان الأخ والجد يدلان بالاب الجد أبوه والأخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها ، فان الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة انبت غصناً فانفرك منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه نهر وانفرك منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي ، واحتج من ذهب بمذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر » متفق عليه والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم ، اما المعنى فان له قرابة بإبلاذ وبعضية كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحت سقط الأخ دونة ولا يسقطه أحد إلا الاب ، والأخ والاخوات يسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالأب وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الام ،

مسموع ومن اتبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداها من فجعل الباقي للذكر دون اخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنين بدليل ما انفردن وتوريتهن هنا ينفذي إلى توريتهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم، ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والاختوة مع الاخوات، وما ذكره فهو في الاستحقاق لفرض، فأما في مسئلتنا فأنما يستحقون بالنصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاختوة والاختوات ثم ويبطل ما ذكرود بما إذا خاف ابنا وست بنات فانه يأخذن ثلاثة أرباع المال، وإن كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشرة أخذن خمسة أسداسه وكما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وابن ابن الابن بنصيب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، وبنصيب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن وعصبة كان لأعليا النصف ولأناية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة

وولد الأب ينسقطون بهم بالاجماع إذا استقرت الفروض المال وكانوا عصبة. وكذلك ولد الابوين في المشتركة عند الاكثرين ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله وتجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالأب سواء فدل ذلك على قربه، فإن قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله تعالى فيجب أن تلحق بهن فروضهن ويكون للجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع، ولا فرض لولد الأب مع الجد لانهم كلالة، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيجب ولد الأب كالأب الحقيقي، ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم واسحاق) وقوله (كما أمها على أبويك من قبل إبراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ارموا بني اسماعيل فإن أباكم كان رامياً» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننفي من أيننا» وقال الشاعر

انا بني نهشل لا ندعي لأب عنه ولا هو بالابناء يشرينا
فوجب أن يحجب الاخوة كالأب الحقيقي يحقق هذا أن ابن الابن وإن سفل يقوم مقام ابنه في الحجب كذلك أبوالأب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس ألا يبقى الله زيدا يجعل ابن الابن

فان كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، فان كان مع الثانية عصبها وكان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فان كان مع الثالثة للعليا النصف وللتانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فان كان مع الرابعة للعليا النصف وللتانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فان كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلاثين

(مسألة) قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكلمة الثلاثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

في هذه المسئلة ثلاثة أحكام (أحدها) ان لابنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ان لابنت النصف وابنت الابن السدس وما بقي فللاخت

ابنا ولا يجعل أبا الاب أباً ولان بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب ، يحققه أن أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الاخ والجدة واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدليابه ولا تفريم على هذا القول لوضوحه .

(فصل) واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم ، فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له ، فان كانت أخت لابوين واخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له فان كان الاخوة كلهم عصبه قاسمهم الجد إلا السدس فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد ، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان أصحاب الفرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في اعطاء الاخط من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال ، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به ، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة ابن مقسم وإن أبي ليلي والحسن بن صالح وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، فأما مذهب زيد فهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الحرقى وسنشرحه ان

(الثاني) أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وان كانت واحدة فلهما النصف) ففرض لبنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عاياه، واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فيبقى للبقية تمام الثلثين، ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين ، وقد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : للبنات النصف وما بقي ففلاخت فأبى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى يقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنات النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي ففلاخت فأبىنا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام الخبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى

(الحكم الثالث) إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتين فإنه يعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم الا ابن مسعود فيمن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة البانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضربهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن

شاء الله تعالى وإليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن ارطاة ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكث أهل العلم . فذهب زيد في الجدة مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يقاسمهم كاخ الا أن يكون ثلث المال احظ له ، فان نقصته المقاسمة عن الثلث فله الثلث والباقي لهم ، فعلى هذا اذا كان معه اخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء ، فان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظله فقاسم به لا غير وان زادوا فأعطه الثلث ، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وكان للجد الاحظ من المقاسمة كاخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلانه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، واما أعطاه ثلث الباقي اذا كان احظ فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفروض كأنه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنتين أو من بعدهن من الاناث فلا حظ له في المقاسمة وان نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وان كان الفرض النصف فقط استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين والفرض النصف استوى المقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال

بالمقاسمة أقل قاسم بهن، وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها غيرها إذا استكمل البنات اثنتين إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضربهن وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمها ولم يكن غيرها فقامسها مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا (فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جريم ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى اثنتين سقطت إذا لم يكن لها من يعصبها سواء كل الثنتان لمن في درجة واحدة أو لأملياً أو أنثى تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسئلة التي ذكرنا في آخر المسئلة التي قبل هذه

(مسئلة) قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام إذا لم يكن اخوات لاب وأم فإن كان اخوات لاب وأم وأخوات لأب فلالخوات من الاب والام الثلثان وليس للاخوات من الاب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما باقى للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فلالخت للاب والام النصف وللخوات من الاب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين

(فصل) ولا ينقص الجدة عن سدس المال أو تسميته إذا زادت السهام، هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة أخوة وجد فكتب إليه اجعل الجدة سابعهم وأصح كتابي هذا وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجدة ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا إن الجدة لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الأخوة فانهم يسقطون بهم فلا نلنا ينقص عنه مع الأخوة أولى ولأن النبي ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وقولنا أو تسميته إذا زادت السهام هو إذا عالت المسئلة فإنه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فإذا كان زوج وام وابنتان وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر وهما ثلثا الخمس (مسئلة) (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له ويسقط من معه من الأخوة والاخوات كأُم وابنتين وجد وأخت أو أخ)

فإن للام السدس وللأبنتين الثلثان يبقى السدس للجد ويسقط الأخوة إلا في الكدرية وهي زوج وام وأخت وجد فإن للزوج النصف والام الثلث وللأخت النصف وللجد السدس ثم يقسم

وهذه الجلة كلها مجمع عليها بين علماء الانصار الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب إذا استكمل الاخوات من الابوين اثنتين فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الاب درن الاناث، فإن كانت أخت واحدة من أبوين وأخوة وأخوات من أب جعل للاناث من ولد الاب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكر كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يفني عن اعادته . فاما فرض الثنتين للاختين فصاعدا والنصف للواحدة المفردة فثبت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم، وروى جابر قال قالت يا رسول الله كيف أصنع في مالي رلي اخواتي قل فزات آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) رواه أبو داود وروى أن جابرا اشتكى وعنده سبع اخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله في اخواتك » فبين لمن الثنتين وما زاد على الاختين في حكمها لأنه اذا كان للاختين اثنتان فالثلاث أختان فصاعدا، واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثنتين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات اثنتين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للاخوات شيء

سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين : لازوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ولا يعول من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لأخت مع جد الا في هذه المسئلة وتسمى الا كدرية سميت بذلك لتكديرها اصول زيد في الجد فإنه أعالها ولا يعول عنده في مسائل الجد وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسما بينهما ولا نظير لذلك، وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الا كدر فأنفت فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه، واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق وموافقيه اسقاط الاخت ويجعل للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد، وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللجد السدس وللأم السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس لكيلا يفضلوها على الجد، وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وأعالها الى تسعة ولم يحجبا الام عن الثلث لان الله تعالى انما حجبا بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة، ثم ان عمر وعلياً وابن مسعود ابقوا النصف للأخت والسدس للجد وزيد ضم نصفها الى سدس الجد فقسمة بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة، وانما حمل زيدا على اعالة المسئلة ههنا أنه لو لم يفرض للأخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا، فان قيل فالأخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو كان مع الأخت أخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى

يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به اثنتان فيكون للاخوات للاب وذلك قال الفقهاء لمن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا وانما قال باقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصاب الا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أزل منها ، والاخت من الاب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وتم أخوات من أب وابن أخ لمن لم يكن الاخوات للاب شيئا وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(فصل) أربعة من المذكور يعصبون اخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا لذلك مثل حظ الانثيين وهم الابن وابن الابن وان نزل والاخ من الابوين والاخ من الاب وسائر العصبات يفرد المذكور بالميراث دون الاثبات وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركا لان الرجال والنساء كلهم وراث فلوفرز للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أعدل وأولى ، وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخواتهن شيئا وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنته

السدس وبقي لها السدس فأخذوه ولم يعمل المسئلة ، وأصل المسئلة في الاكدرية ستة عالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن تسعة وعشرين ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنتان في ثلاثة ستة يبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة للجد ثمانية وللاخت أربعة ، ويعاينها فيقال أربعة ورثوا مالا فأخذ احدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي ، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعة ، وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت انثى فلي تسعة وان ولدت ولدين فلي سدسه وأنشد شيخنا في ذلك لنفسه

ماذا تقولون في ميراث أربعة أصاب أكبرهم جزءاً من المال

ونصف ذلك لثلاثي ونصفهما لثالث ترب للخير فقال

ونصف ذلك مجموعاً لرابعهم خبروني فهدي جملة الحال

أكبرهم الجد له ثمانية ونصفها للاخت أربعة ونصفها ستة للام صارت ثمانية عشر ونصف الجميع

للزوج وذلك تسعة

﴿مسئلة﴾ قال (وللام ثلاث اذا لم يكن الاخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولدا ولا ولد ابن فان كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجملة ذلك ان للام ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلاث بشرطين (أحدهما) عدم الولد وولد الابن من الذكور والاناث. (والثاني) عدم الابن فصاعد من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا ذكورا أو اناثا أو ذكورا أو اناثا فلها في هذه الحال الثلاث بخلاف نعلمه بين أهل العلم (الحال الثاني) لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان لأبنت ولد أو ولد ابن أو اثنتان من الاخوة والاخوات في قول جمهور الفقهاء، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلاث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لان الله تعالى قال (فان كان له إخوة للام السدس) وأقل الجمع ثلاثة، ورأي ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه: ايس الاخوان اخوة في لسان قومك فلم يحجب بها الام؟ فقال لا أستطيع ان أرد شيئا كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فإنه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب، والاخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساءً فلذاكر مثل حظ الانثيين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، ومن أهل الافة من يجعل الاثنين جمعا حقيقة ومنهم من يستعمله مجازا

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الأخت والجدة على ثلاثة أصاها من اثني عشر للزوجة ثلاثة وللأم أربعة يبقى خمسة بين الجدة والأخت على ثلاثة، وتصح من ستة وثلاثين، فان كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين، وان كانا اثنتين قاسمهما وتصح من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين، فان زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسئلة في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم، فان لم تصح عليهم ضربتهم ووفقتهم في ستة وثلاثين فما بلغ فنه تصح فان كانوا من جهتين اختص بالباقي ولد الابوين

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كاتي قبلها في فروءها الا في أن الجدة السدس مع الأخت الواحدة والاخ الواحد، فان كانوا أكثر من واحد فحكم الجدة والام واحد، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجدة سهمان وللأخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة وعشرون كان مكانها أخ صحت من ثمانية فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وان زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي سهمان واقسم الثاني على الباقي، فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجدة لا يزيد على النصف وهو اقل فرض لولد الابوين

فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء .
(الحال الثالث) اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللام ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، وهذه بآني ذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس فان كن بنات كان له ما فضل)

يعني والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة احوال : (حال) يرث فيها بالفرض وهي سهم الابن أو ابن الابن وان سفل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه لا نعلم في هذا خلافا وذلك لقول الله تعالى (ولا يورث لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)
(الحال الثانية) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه اثاث) وأضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس فجعل للام مع

(مسألة) (فان لم يكن في الاكدرية زوج فهي أم وأخت)

وجد للام الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من تسعة للام ثلاثة وللجد أربعة وللأخت سهمان وإنما سميت الحرقا لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان الأقوال خرقها قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقي ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وقول علي للأخت النصف والام الثلث وللجد السدس ، وعن عبد الله للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وللجد الباقي وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهو مثل القول الاول في المغني وعن ابن مسعود أيضاً للأخت النصف والباقي بين الام والجد نصفين فتكون من أربعة وهي احدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلث وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ومسدسة لان معنى الأقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج الشعبي عنها فقال قد اختلف خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس رضي الله عنهم

(مسألة) (وولد الاب كولد الابوين في مقاسمة الجد)

اذا انفردوا لانهم شاركوهم في بنوة الاب التي ساووا بها الجد فاذا اجتمعوا طام ولد الابوين الجد (المغني والشرح الكبير) (٣) (الجزء السابع)

الاخوة السدس ولم يقطع اضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالثة) يجتمع له الامران الفرض والنصيب وهي مع انث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالاجماع ثم يأخذ ما بقي بالنصيب لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه

(فصل) والجد كالأب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الاخوة يذكر في بابه ويـقطـب بالأب لانه يدلي به فيسقط به كالأخوة وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به وينقص الجسد عن رتبة الأب في زوج وابوين أو امرأة وابوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الأب (مسئلة) قال وللزوج النصف اذا لم يكن ولد فان كان لها ولد فله الربع وللرأة الربع واحدة كانت أو أربعا اذا لم يكن ولد فان كان له ولد فلمن التمن)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج

بولد الأب ثم اخذوا ما حصل لهم هذا مذهب زيد واما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الأب ولا يعتدان به لانه محجوب فلا يعتد به كولد الام فاذا كان جد واخ من أب وأم واخ لاب قسما المال في هذه المسئلة بينهما نصفين وزيد يجعلها من ثلاثة للجدهم ولكل اخ سهم ثم يرجع الاخ من الأب والام على مافي يد اخيه لايه فيأخذه وان شئت فرضت للجد ثلث المال والباقي للاخ من الابوين ومضى زاد الاخوة على اثنين فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ووجه مذهب زيدان الجد والد فاذا حجبه اخوان وارثان جاز ان يحجبه اخ وارث واخ غير وارث كالام ولان ولد الأب يحجبونه اذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الام فان الجد يحجبهم فلا ينبغي ان يحجبوه بخلاف ولد الأب فان الجد لا يحجبهم فجاز ان يحجبوه اذ احجبهم غيره كما يحجبون الام ان كانوا محجوبين بالأب واما الاخ من الابوين فانه اقوى تمصيا من الاخ من الأب فلا يرث معه شيئا كمالو انفرد عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن فانه يحجبه ويأخذ ميراثه فان قبل فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثهم والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهم للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والعصوبة فأيهما اقوى حجب الآخر واخذ ميراثه وقد مثلت هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي اذا وصى لرجل ثلث ماله ولا غير بمائة وثلث بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصي

وولد ابنه والتمن مع الولد او ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم ، والاصل فيه قول الله تعالى (ولا يحكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن التمن مما تركن من بعد وصية توصون بها أو دين) وانما جعل للجماعة مثل مال واحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لآخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل مال واحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لآخذن النصف فزدن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنيات وبنات الابن والاخوات المفترقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ما ذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأتنام سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة

﴿مسئلة﴾ قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وان سفل اذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وان سفل أولى من عم الاب) هذا في ميراث العصة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله اذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل

له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام في حال الرد فيقاسمه الثلث نصفين ثم يخص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء

﴿مسئلة﴾ (الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل فهو لهم ولا يتفق هذا في مسئلة فيها فرض غير السدس

لان ادنى ما يأخذ الجد الثالث من الباقي والاخذ النصف فالباقي بعدها هو السدس فاذا كان جد واخذت من ابوين واخذت من أب فالmaal بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل اخذت سهم ثم رجعت الاخذت من الابوين على اخذتها لا يبيها فأخذت ما في يدها جميعه لتستكمل النصف لان المقاسمة ههنا احظ للجد من ثلث المال فان كان معهم اخ من أب فلاجد الثلث وللأخذت النصف يبقى للاخ واخذته السدس بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وتستوي ههنا المقاسمة وثلث المال

﴿مسئلة﴾ (فان كان معهم ام فلها السدس وللجد ثلث الباقي ولا ثلث له فتضربها في ثلاثة تكن ثمانية عشر للام ثلثه وللجد ثلث الباقي خمسة وللأخذت وللابوين تسعة يبقى للاخ واخذته سهم وتصح من أربعة وخمسين وتسمي مختصرة زيد)

عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم وبسقط به من بعد لقول النبي ﷺ : الختوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » وأقربهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا يسقط قريبهم ببعيدهم ثم الأب ثم آؤه وإن علو الأقرب منهم فالأقرب ثم بنو الأب وهم الأخوة للأبوين أو للأب ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب وبسقط البعيد بالأقرب سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الأبوين أولى بقوة قرابته بالأب فلهذا قال ابن الأخ للأب والام أولى من ابن الأخ للأب لأنها في درجة واحدة وابن الأخ للأب أولى من ابن الأخ للأب والام لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأب والام وعلى هذا أبادرهما بقي من بني الأخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لأنه من ولد الأب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الأخوة وبنوهم فالمراث الأعمام ثم بنوهم على هذا النسق إن استوت درجاتهم قدم من هو لأبوين، فإن اختلفت قدم الأعلى وإن كان لأب ومهما بقي منهم أحد، وإن سفل فهو أولى من عم الأب لأن الأعمام من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالمراث لأعمام الأب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنوهم وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم لما روي الحديث وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه

« مسألة » قال (وإذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والام ثلث ما بقي وما بقي فلاب وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والام ثلث ما بقي وما بقي فلاب) هاتان المسئلتان بسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء، فأنبهه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي

لأن ثلث الباقي والمقاسمة في هذه المسئلة سواء فإن أعطيت الجد ثلث الباقي صحت من أربعة وخمسين على ما ذكرنا وإن قاسم الأخوة أعطيت الأم السدس سهماً يبقى خمسة مقسومة على الجد والأخ واختين على ستة فتضربها في أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للأم ستة وللجد عشرة وللأخت للأبوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الأخ من الأب واخته لا يصح فإذا ضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين لأنها تتفق بالنصف فلهذا سميت مختصرة زيد ولو كان معهم أخ آخر من أب صحت من تسعين وتسمى تسعية زيد لأنها تدفع إلى الأم ثلاثة وإلى الجد ثلث الباقي خمسة وإلى الأخت للأبوين تسعة يبقى سهم لولاد الأب على خمسة لا تصح عليهم إذا ضربتها في ثمانية عشر تكن تسعين وهذا التفريع كله على مذهب زيد لكونه يورث الأخوة مع الجد

(فصل) أم أوجدة واختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة وتصح من أربعة وعشرين أم وأخ وأخت وجد تصح من ستة للجد سهمان أم وأخ واختان أو أربع أخوات

رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجهل ابن عباس ثلث المال كله الام في المستثنين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وابس ههنا ولد وأخوة ويروي ذلك عن علي وروي ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجاعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لا تنازلوا فرضنا الام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي مسألة المرأة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بهموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ويقول عليه السلام « الحتموا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذري الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولان الفريضة اذا جعت أبوين وذافرض كان الام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت وبخالف الاب الجد لان الاب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع اجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج بأخذ مثلي ما أخذت الام كذلك مع المرأة قياساً عليه

« مسألة » قال (واذا كان زوج وأم وأخوة لام وأخوة لاب وأم فللزوجة النصف وللأم السدس وللأخوة من الام الثلث وسقط الاخوة من الاب والام)

هذه المسئلة تسمى المشتركة وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الام وعصبة من ولد الابوين وانما سميت المشتركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين

وجد المقاسمة وثلث الباقي سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي وصحت من ثمانية عشر للام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح عليهم، بنت واخت وجد للبنت النصف وما بقي بين الاخت والجد على ثلاثة اسهم للجد سهمان والاخت سهم لان المقاسمة ههنا احظ له وفي قوله رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت وعند ابن مسعود الباقي بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما اذا انفرد اخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا قسمهما كما لو كان مكانها اخ واما علي فبني على اصله في ان الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة واعطي الجد السدس كما لو انفرد معها وجهل الباقي لها

ولنا ان الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها اذا كان معها اخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت واخ وجد للبنت النصف والباقي بين الاخ والجد نصفين وان كان معه اخته فالباقي بينهم على خمسة وان كان اخوان او اخ واختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلاحظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب

وولد الأم في فرض ولد الأم فتقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم ويقال إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحارية لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحد رضي الله عنه فيها إلى أن لا زوج النصف والام السدس وللأخوة من الأم الثلث وسقط الأخوة من الأبوين لأنهم عصبية وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعمري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم وبجى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث فمعه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما واسحاق لأنهم سادوا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلا يبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حماراً فما زادم ذلك الأقرباء فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قبيحاً فقال فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم

شيء والباقي لولد الأبوين بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كن أكثر من أربع فله الثلث أو سدس الباقي والباقي لهن (فصل) بنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن واخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صححت من اثني عشر ويستوي في هاتين المستأثنتين السدس والمقاسمة نان زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للأخوة والأخوات

(فصل) زوج واخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وعالت إلى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندها لهما الثلثان وتعمول إلى ثمانية وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وان كان أخ واخت أو ثلاث أخوات تاسمهم الجد وان كان أخوان أو من بعدهما استوى السدس والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم فان كان زوج وبنت واخت وجد للزوج الربع وللبنات النصف والباقي بينهما على

على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يهبط كل واحد منها السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فلا ذكر مثل حظ الأنثيين) يراد بهذه الآية سائر الأخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقال النبي ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ومن جهة المفنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر وعشره وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنتين اسقاطهم؟ وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة؟ وعلى انا نقول ان ساوهم في قرابة الام فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي اختلفوا فيه هو المفتني لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في القدر في المسئلة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وان سقط ولد الابوين كغيره ويلزمهم ان يقولوا في زوج واخت من ابوين واخت من أب معها أخوها أن الاخ يسقط وحده فترث أخته السبع لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فملا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كيراثها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وعبارة مهيبة وهو كما قال الا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فانه وضع للشرع بالرأي من غير دلائل

ثلاثة ويستوي السدس ههنا والمقاسمة فان زادوا على أخت فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج بنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وام أو جدة سقطت الأخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وعالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت واخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو أختان فالباقي بينهم نصنين وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرض للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن أو بنت وام وجدة فرضت للجد السدس ويبقى للأخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين

(فصل) قال رضي الله عنه وللأم أربعة أحوال (حال) لها السدس وهي مع وجود الولد وولد الابن أو اثنين من الأخوة والأخوات (وحال) لها الثلث وهي مع عدم هؤلاء (وحال) لها ثلث ما بقي وهي زوج وأبوان وامرأة وأبوان لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين (وحال) رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لسكونه وله زنا أو متفيا بلمان فانه ينقطع بمصبتها من جهة من نقاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته ،

٢٤ حكم ما إذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب (المغني والشرح الكبير)

ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو وفي مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن العجب ذهب الشافعي إليه هنا مع تخطيطه الداهين إليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى.

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين عصبة من ولد الاب سقط. قولاً واحداً ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساؤوا ولد الأم في قرابة الأم ولو كان مكانهم أخوات من ابوين أو من أب فرض لمن الثثان وعالت المسئلة الى عشرة في قول الجهم الا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول فانهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الأم فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا أخوة وسنين أن الصواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى.

(فصل) إذ قيل امرأة خلفت أما وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة أخوة متفرقين فقل هذه المشركة للزوج النصف وللأم السدس والآخرين من الأم الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين تسع ولكل واحد من الآخرين من الأم تسعاً

(مسئلة) قال وإذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب فللزوجة النصف وللأم السدس وللأخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية وللأخت من الأب والأم النصف وللأخوات من الأب السدس

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافاً الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى لقول الله تعالى 'فهم شركاء في المال' وقال في آية أخرى (وان كانوا أخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين)

وجملته أن الأم لها الأربعة الاحوال المذكورة اما استحقاتها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنتين من الأخوة والأخوات من أي الجهات كانوا فلا نعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم ، وقد دل عليه قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وأما استحقاتها السدس اذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو ابنتين من الاخوات فهو قول الجمهور ، وقال ابن عباس لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الأخوة والأخوات الا ثلاثة ، وحكي ذلك عن معاذ لقول الله تعالى (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما ليس الاخوان إخوة في لسان قومك فلم يحجب بهما الأم فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على الاجماع ثم هو قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنتين كحجب البنات بنات الابن والأخوات من الابوين الأخوات من الأب والأخوة يستعمل في الاثنتين قال الله تعالى (فان كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين) وهذا

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فليسكل واحد منهما السدس) فدوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء في المال) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به. وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف والاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمم عليه ولا عبرة بقول شاذ وتورث ولد الام ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضاً

وقد اجتمع في هذه المسئلة فروض يضيق المال عنها فان النصف للزوج والنصف للاخت من الابوين يكل المال بينهما ويزيد ثلث ولد الام وسدس الام وسدس الاخت من الاب فتعول المسئلة بثلاثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها شبهوا أصلها بالام وعولها بفروخها وليس في الفرائض مسئلة نقول بثلاثيها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعداً من ولد الام وأم أو جدة واثنين من ولد الابوين أو الاب أو احدهما من ولد الابوين والاخرى من ولد الاب فتى اجتمع فيها هذا عالت الى عشرة ومعنى العول أن تزدهم فروض لا يتسع المال لها كذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفاص بين غرماثة بالحصص لضيق ماله عن وقائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يقفها والثلث بين أرباب الوصايا اذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه وإسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وإسحاق وأهل العلم إلا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها. نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل

الحكم ثابت في أخ وأخت ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ولا فرق في حجتها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (أخوة) وهذا يقع على الجميع لقوله تعالى (وإن كانوا أخوة رجالاً ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء، وأما استحقاتها لثالباقى في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فهاتان المسئلتان تسمى العربيتين لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك فاتبعه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي، وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والأخوة وليس ههنا ولد ولا أخوة ويروى ذلك عن علي ويروى عن شريح ذلك في زوج وأبوين، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لا تنا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي (المفني والشرح الكبير) (٤) (الجزء السابع)

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء، بأهلته أن المسائل لا تقول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فأين موضع الثلث؟ فسميت هذه المسئلة مسئلة المباهلة لذلك وهي أرل مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذه عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتي خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال رضي الله عن عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبحانه الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبداً فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت لا أشرت عايه؟ فقال هبته وكان أمراً مهيأ قوله من أهبطه من فريضة إلى فريضة فذاك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يجب إلى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي يريد البنات والأخوات فانهن يفرض لهن فإذا كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب فيكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحت رد النقص على البنات والأخوات

ولنا أن كل واحد من هؤلاء، لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للثلاث للاختين من الام فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله

مسئلة الزوجة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وقوله عليه السلام «ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» والاب ههنا عصبه فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد

قال شيخنا: والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخاف الأب الجد لأن الاب في درجتها والجد أعلى منها، وما ذهب إليه ابن سيرن تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الام، كذلك مع المرأة قياساً عليه، فأما الحال الرابع وهي إذا كان ولدها منفياً بلعان فإن الرجل إذا لا عن امرأته واتقى منه ولدها وفرق الحالك بينهما اتقى ولدها عنه وانقطع تعصبيه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته ورث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع النوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه المسئلة خلافاً فأما ان مات احدهم قبل تمام

تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يكن الوفاء بها فوجب أن ينساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون . وقد يلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبه الله من فرض الى ما بقي . وان أعاد المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلًا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء الامصار في القول بالمول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس في خمس مسائل اشهر قوله فيها (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها (والثالثة) أنه لا يحجب الام الا بثلاثة من الاخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) انه لا يعمل المسائل ، فهذه الخمس سحّت الرواية عنه فيها ، واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى

(مسئلة) قال (وإذا كانا ابناهم أحدهما أخ لأُم فالاخ للام السدس وما بقي بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء بروي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم . وقال ابن مسعود: المال للذي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لانها استويان في قرابة لاب وفضله هذا بأم فصار كأخوين أو همين أحدهما لابوين والآخر لاب ولأنه لو كان ابن هم أخوين وابن هم لاب كان ابن العم للابوين أولى فاذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى ، ولنا ان الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو اذا كان معه أخ من

اللمان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور ، وقال الشافعي اذا أكل الزوج لمانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لمانه فان لاعت المرأة لم ترث ولم تحدد ، وان لم تلعن ورثت وحدت وإن مات هي بعد لمان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي فان تم اللمان بينهما مات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما لم يتوارثا في إحدى الروايتين ، وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللمان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقه به التفريق بينهما كالأرضاع (والثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللمان لم يحتج الى تفريقه وان فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللمان لم تقع الفرقه ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحبه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقه وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللمان وان فرق بينهما قبل ذلك لم ينقطع التوارث ولم تقع الفرقه .

أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به كمالو كان أحدهما زوجا ، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقراءة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في احدي القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب فللاب من الام السدس والباقي للاب من الاب فان كان معهما أب من أبوين فكذا ، وان كان ابن عم لا بوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم

(فصل) فان كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللأبنت أو بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنات ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من أبوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل أن الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقراءة الام فان كان في الفريضة بنت تحجب قراءة الام ، وحكي عن سعيد ابن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس بأخ ، وان كان من أب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحدا فاذا كان في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كمالو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقراءة الام بدليل مسألة المشتركة

ولنا علي بن مسعود أن البنات تسقط الميراث بقراءة الام فبقي التعصيب منفردا يرث به وفارق ولد الابوين فان قراءة الام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها ، وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ من أب وبنت لحجبت البنات قراءة الام ولم ترث بها شيئا فكان للبنات النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنات لورث لكونه أخا من أم السدس فاذا حجبت البنات مع الاخ من الاب وجب أن تحجبه في كل حال

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان أشبه التفريق قبل الثلاث وهذا الخلاف في توارث الزوجين ، فاما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحالك لان انتفاءه بنفيه لا بقول الحالك فرقت بينهما كما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما ، وقال أبو بكر ينتفي بزوال الفراش لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حملا في البطن فقال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها فان جاءت به أحيمر كأنه وحره حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به جعداً جالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه .

﴿ مسألة ﴾ (وعصبته عصبه أمه وعنه أنها هي عصبته)

اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن احمد فيه روايتان . (احدهما) : ان عصبته عصبه أمه ، نقلاها الأثرم ، وحنبلي يروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر ، وبه قال الحسن

لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم اذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحدا بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثا واحدا فان قرابة الام لا ترث بها مفردة

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداها (والثانية) في بنت وبنت ابن وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته (الثالثة) في أخوات الابوين وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون أخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنت ابن عنده لبنات الابن الا ضربيهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) أخت لابوين وأخ وأخوات لاب للاخوات عنده الا ضربيهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود السك للاخ وسقط الآخر وان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان ههنا (أحدهما) خال لام لم يرجح بخولته وقبل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من اب يأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لا غير ، وان كن العم الآخر من ابوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجدة وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوجة النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا من أم فللزوجة النصف وللأخ السدس والباقي بينهما أصلا من ستة للزوج أربعة وللأم اثنان ،

وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحساد والثوري والحسن ابن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره . (والرواية الثانية) : ان الام عصبة فان لم تكن فمصبته عصبة ، نقلها أبو الحارث ومهنا ، وهذا قول ابن مسعود ، وروي عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاعة لأمه ولورثتها من بعدها ورواه أيضاً مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وروي واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تحوز المرأة ثلث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه » وعن عبد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعة لمن قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب إلي إني سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه رواه أبو داود ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ولان عصبات الام أدلوا بها

وترجع باختصار الى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي الاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم .
ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فلزوج النصف والاخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة
أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر فلزوج النصف تسعة والاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم
على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع والاخ خمسة وهي السدس والتسع ،
والثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لابوين فالباقي كله له وان كان هو والثالث من أبوين
فالثالث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود في
جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم
خمس والآخر سهم ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم
على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وان كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثالث
بينهما وتصح من تسعة .

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد
الى العدد الآخر يصير معك أربعة بني عم وأربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل
الثلاث الاخوة على أربعة والنشين على بني العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم
ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهما النصف والاربعة الباقيين النصف
وعلى قول عبد الله للاخوة الثالث والباقي لابني العم الذين هما اخوات والله أعلم

فلم يروا معها كأقارب الاب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة
ولم يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته ، فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها
فان لم تكن مولاة جعل لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان
ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه
وأهل البصرة إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث إنما يثبت
بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثالث ولا في توريث أخ من أم أكثر من السدس ولا في
توريث أبي الام واشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته ووجه الرواية الاولى
قول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» وأرلى الرجال به أقارب أمه
وعن عمر رضي عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها
فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى جنابة فعليكم ، حكاه الامام أحمد عنه ولان الام لو كانت
عصبة كأبيه لحببت اخوته ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن يكون عصبته كلاب

(مسئلة) (فاذا خلف أما وخالا فلام الثالث بلا خلاف والباقي للخال)

(باب أصول سهام الفرائض التي تعول)

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لأن الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والرابع والثلثان والثلث والسدس ، ومخرج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثالث والثلثين مخرجها واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والرابع من أربعة والسدس من ستة والثلث من ثمانية والرابع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر والثلث مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان (أحدهما) النصف ونصفه ونصف نصفه (والثاني) الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجها وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقامها ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسئلة وفيها يكون العول لأن العول إنما يكون في مسألة تزدحم فيها الفروض ولا يتسم المال لها فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادة وعائلة ورد ، فالعادة التي يستوي مالها وفروضها ، والعائلة التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبية فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله

لأنه عصبية أمه ، وعلى الرواية الأخرى الكل للام وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه إلا أن ابن مسعود يعطيها لإياه لكونها عصبته والباقيون بالرد وعن زيد الباقي لبيت المال فإن كان معها أخ لام فله السدس والباقي له إن قلنا إنه العصبية على الرواية الأولى وعلى الأخرى الكل للام ولا شيء للخال على الروایتين ، فإن كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وإن لم يكن لأمه عصبية إلا مولاهما فالباقي له إذا قلنا عصبته عصبته وعلى الرواية الأخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لأنها عصبية ابنها

(فصل) فإن لم يخلف إلا أمه فلها الثلث فرضاً والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد وفي الرواية الأخرى لها الباقي بالتعصيب فإن كان مع الأم عصبية لها فهل يكون الباقي لها أو له على روايتين ذكرناهما فإن كان لها عصبية فهو لأقربهم منها على الرواية الأولى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها فإن كان مكان الأب جد فهو بين أخيها وجدها نصفين فإن كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس ولأخيه الباقي أو ابن أخيه وإن خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخيه وبنت أخيه أو خاله

﴿مسألة﴾ قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتمول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تمول أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلها جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلها من مخرج السدس لا يزيد عليه وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فأضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة وبصير كل كسر بمخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً والعول زيادة في السهام وتقصان في أنصيباء الورثة وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها نصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو أحدهما من أبوين والآخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتمول إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لاب وأم وأخوان لام، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف والاخت النصف وللأم الثلث سهمان تمول إلى

وخالته فالباقي للذكر وإن خلف اخته وابن اخته فلاخته السدس والباقي لابن اخته وعلى الرواية الأخرى الكل للام في هذا الموضع

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (أحدها) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو للام فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للام، بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة وإن كان معها أخ أو أخت أو ابن أخ وأخته أو خال وخالة فالباقي للذكر وحده في قولهم وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد ورووا ذلك عن علي عليه السلام أنه جمل ذا السهم أحق بمن لا سهم له وأنه ورث ابن ملاعنة ذوي أرحامه كما يرثون من غيره قال ابن اللبان وليس هذا محفوظاً عن علي إنما المشهور عنه قوله لا ولياء المرجومة عن ابنها : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم فإن جنى جناية فعليكم وفسر القاضي قول أحمد أن لم يكن أم نعمصبتها عصبتها بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت قال شيخنا وهذا تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل للفظ على خلاف ظاهره وإنما هذه الرواية كذهب ابن مسعود ورواية الشعبي

ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى القرأ تزوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلاثها فشيروا الاصل بالأم والعول بالفروخ . ويروي أن رجلاً جاء الى شريح فقال ان امرأتي ماتت ولم تترك ولد أفكم لي من ميراثها ؟ قال لك النصف فن خلفت ؟ قال خلفت أمها وأختها من أبيها وأختها من أمها وأبا قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيك ؟ قال لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح الا انك تراني قاضياً ظالماً وانا اراك رجلاً فاجراً أنكم القصة وتذبح الفاحشة ، وتعي عالت المسئلة الى تسعة أو الى عشرة لم يكن الميت امرأة لانها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ان تأخذ الفروض من أصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام قاله ينتهي فنقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات الزوج النصف ثلاثة والام السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة والأختين من الأم الثالث سهمان صارت عشرة

عن علي وعبد الله أنهما قالوا لعصبة ابن الملاعنة أمه تترك ماله أجمع فان لم يكن أم فعصبتها عصبته : امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس والأختين الثلث والباقي لابن الأخ في الروايتين جميعاً ، وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الأختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الأخ وحده ويحتمل يكون لاب الأم سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الأخ ، وقال أبو حنيفة المال بين أبي الأم والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة وقد روي ذلك عن علي وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كيراث غيره ، ورووه عن علي وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين : خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة ، واذا لم يخلف ابن الملاعنة الا ذا رحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما نذكره

(فصل) واذا قسم ميراث ابن الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقصت القسمة ، وقال أبو حنيفة لا يباحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توأمين مات احدهما واكذب نفسه والاخ باق فيباحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المتني باللعان توأمين ولهما أخ آخر من الزوج لم ينقذهما أحد التوأمين فيراث توأمه منه كيراث الآخر في قول الجمهور وقال مالك يرثه توأمه كيراث أخ لا يوين لانه أخوه لا بويه بدليل أن

(مسئلة) قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلاث أو ربع وثلثان فأصلها من اثني عشر وتعمل الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر ولا تعمل الى أكثر من ذلك) انما كان أصلها من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة واذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج وأبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة والابوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة واخوان لام وسبعة أخوة لاب. العول زوج وابنتان وأم تعمل الى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات: زوج وأبوان وابنتان تعمل الى خمسة عشر: امرأة وأختان من أب وأختان من أم: امرأة وام وست أخوات مفترقات تعمل الى سبعة عشر: ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تعمل الى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم وتسمى ام الارامل ويعايلها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة افتت من مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعمل هذا الاصل الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عمل

الزوج لو أقربا أحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبهنا توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما اذا استلحق أحدهما لانه ثبت باستلحاقه أنه أبوهما (فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها أو ان عصبتها عصبتها انما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات. فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية الزوج ولا غيره هذا قول الاكثرين وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرحومة في ولدها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى فعليكم وروي هذا عن عبدالله وابراهيم

ولنا أنهم انما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه ولم تثبت لهم ولاية الزوج كما لو علم ابوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات ، فاما ان اعتق ابن المملوكة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلف ام مولاة واخا مولاة احتمل ان يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت وحكي ذلك عن ابي يوسف، وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل ان لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن فكذلك من بدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات ومن عصبن اخوهن من الاناث (مسئلة) (وإذا مات ابن المملوكة وخلف امه وجدته فلامه الثلث والباقي للجددة على احدى

ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضا يبين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا فالسدس اثنان والثالث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ومتى عالت الى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

(مسئلة) قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدس أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

إنما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم تقل ثمن وثلث لان الثالث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثالث في مسألة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يسقطهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات: امرأة وابنتان وأم وعصبة: ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت: امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة: العول امرأة وأبوان وابنتان تعول الى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لأنها أقل الاصول عولا لم تزل الا بشمها وتسمى المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته . يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسم ولا يكون الميت

الروايتين وهذه جدة ورثت مع ام اكثر منها)

إذا مات ابن ابن الملاعنة وخلف امه وام ابيه فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي وعلى الرواية الاخرى الباقي لام ابيه لانها عصبة ابيه وهذا قول ابن مسعود، ويأيا بها فيقال: جدة ورثت مع ام اكثر منها وان خلف جدته فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود لها السدس فرضاً بينهما وباقي المال لام ابيه: ام ام وخال اب، لام الام السدس وفي الباقي قولان (احدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب وفي قول علي السكل للجدة: خال وعم وخال اب وابو ام اب المال للعم لانه ابن الملاعنة فان لم يكن عم فلا يبي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فلخال لانه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم وفي قول علي السكل للبنت لانه يقدم الرد على توريط عصبة امه: بنت وام وخال المال بين البنت والام على اربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة، ولو كان بدل الخال خال اب كان الباقي له لانه عصبة الملاعنة، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فاذا خلف عمه وعم ابيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي ان يكون اجماها، وقد قال بعض الناس يحتمل ان يكون عم الاب اولى لانه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لان العصبات انما يعتبر اقربهم من الميت لامن آباءه، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهما والباقي يرد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي وفي الثانية لام ابي ابيه وهو قول ابن مسعود وان خلف ابيه وجدته وجدته وجدته فلامه الثلث

في هذا الاصل إلا رجلاً لان فيها ثمة ولا يكون إلا المرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فإنه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقائل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون والام المرأة السدس والثلث سبعة فتعول إلى أحد وثلاثين

(فصول في تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم، وإن شئت قلت إذا كان الكسر على فريق واحد فلو احدثهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وفقه إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج وأم وثلاثة أخوة أصهاراً من ستة للزوج النصف ثلاثة والام السدس سهم بقي للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر سهماً : للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة والام سهم في ثلاثة ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهمان، ولو كان الأخوة ستة وافقهم

ولا شيء لجده وفي الباقي روايتان (إحداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة أبيه ، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاءنة فليست الملاءنة عصبة لهم في قول الجسيم لان لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاءنة ولو اعتقت بنت الملاءنة عبداً ماتت ثم مات المولى وخلفت أم مولاته ورثت مال المولى لانها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاهما في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملاءنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاءنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاءنة ، والجمهور على التسوية بينهما لا تقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاءنة يلحق الملاءنة إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطيء إذا أقيم عليه الحد ويرثه وقال ابراهيم بإحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة وقال اسحاق بإحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروي علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحمت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولده وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش وأنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه

سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الاولى سواء ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من أربعة أقسام [أحدها] أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللأخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر، وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهامهم بالنصف رجعوا الى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب الى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلاثة أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الاكثر منهما في المسألة، ومثاله مالو كان الجدات في هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجتزي بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح، ولو كان عدد الاخوة ستة وافقهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا

(القسم الثالث) أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقهما مثل أن يكون عدد الجدات أربعة والاخوة ثلاثة فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الاجزاء فما بلغ

فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره والله أعلم
(فصل) قال رحمه الله (وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر إذا تحاذين)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم تكن أم للميت وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها عند عدمها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن شيئاً أرجعي حتى أسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد بن مسلمة فامضاه لها أبو بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعما فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في الموطأ والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات، وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم رواه أبو داود وهذا يدل على أنها لا تراث معها شيئاً، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كسقوط الجد بالأب وابن الابن به فأما أم الأب فانها إنما تراث ميراث

ضربته في المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثني عشر فإذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين ، وان وافق أحد العددين سهامه دون الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعمات على ما ذكرنا وان وافق جميعاً سهامهما رددتهما الى وقفهما وعمات في الوقفين عماتك في العددين الاصلين (القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف او ثلث أو ربع أو غيره ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين الى وقفه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة ومثاله أن تكون الاخوة تسعة والجدات ستا فيتفقان باثلاث فترد الجدات إلى ثلثين اثنين وتضربهما في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح (فصل) وان كان الكسر على ثلاثة أحياء نظرت فان كانت متماثلة كثلث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدهما في المسألة فما بلغ فنه تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بهد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وان كانت متباينة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت باكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح ، وان كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة وثمانين ، وان كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عمات ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب مامتك في أصل المسألة فما بلغ

أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده (فصل) ولا يزيد ميراثهن على السدس فرضاً وان كثرن اجمع على هذا أهل العلم لما رويانا من الخبر فان عمر شرك بينهما وروي ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد باسناده عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب فقال له عبدالرحمن بن سهل بن حارثة وكان شهد بداراً يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ، ولانهن ذوات عدد لا يشاركن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات وانما يشتركن في السدس اذا تمازجن لتساوين في الدرجة (فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الأم وأم الأب وكذلك ازلنا وكاتنا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب وحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئاً لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا ما روي سعيد عن ابن عينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جداتنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأخرج أبو عبيد والدارقطني ومن ضرورته أن تكون منهن أم أم الأب أو من هي أعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الأم فلها ترثه ولا يرثها وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الأم . واختلفوا

فنه تصح ، وان تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث أو في وفقه وان كان موافقا فما بلغ ضربته في المسئلة ، وان تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقا ثم في المسئلة وان توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث ، وان تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعوام وست جدات وتسع بنات أجزاء ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخل في الأربعة وأجزاء ضرب الأربعة في التسعة ، ولو وقفت الأربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاء ضرب الأربعة في التسعة . فاما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (أحدهما) ما ذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردها إلى وفقهما ثم تنظر في الوقفين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف ، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة ، ومثال ذلك عشر جدات واثنان عشرهما وخمس عشرة بنات تقف العشرة توافقها الاثنان عشر بالنصف وترجع إلى ستة وتوافقها الخمس

في توريث ما زاد على الجدتين فذهب أبو عبدالله إلى تورث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنه وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الاوزاعي واسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين وحكي أيضاً عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبيدالله ابن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم وحكي عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام الا جدتين ، وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعييني وانت تورث ثلاث جدات وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وان كثرت اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الام قال ابن سرة وهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً وإليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وان كثرت فعلى ذلك ويحتمل قول الخرقي وان كثرت لا يرث إلا ثلاث جدات وهن المتحاذيات المذكورات بعد كما روي عن أحمد رحمه الله . واحتجوا بأن الزائدة جسة أدلت بوارث فوجب ان ترث كاحدى الثلاث .

ولنا حديث سعيد الذي ذكرناه وروي سعيد أيضاً عن ابراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات

عشرة بالأخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلثمائة وستين وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما مماثلان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الأربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسئلة

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة : الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن بقي به فالعددان متناسبان وإن لم يبق به ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الأقل فإن بقيت منه بقية القيتها من البقية الأولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل إلى عدد يقبى الملقى منه غير الواحد فإني بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء. وذلك البقية إن كانت اثنين في الانصاف وإن كانت ثلاثة في الأثلاث فإن كانت أربعة في الأرباع فإن كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك وإن بقي واحد فالعددان متباينان، ومما يدل على تناسب العددين أنك متى زدت على الأقل مثله أبدا سارى الأكثر متى قسمت الأكثر على الأقل انقسم قسمة صحيحة وحتى نسبت الأقل إلى الأكثر انقسم باليه بجزء واحد ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه (فصل) في مسائل المناسبات ومعناها أن يموت من ورثة الميت إنسان قبل قسم تركته الأول

ثلاثة ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن (مسئلة) (فان كان بعضهم اقرب من بعض فال ميراث لأقربهم وعنه ان القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم) اما إذا كانت احدى الجدتين ام الاخرى فلا خلاف بين اهل العلم في ان الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وان كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم الا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك ان الميراث بينهما وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وان كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يريد ان الجدتين إذا كانتا من جهة الأب احدهما ام الأب والاخرى ام الجد سقطت ام الجد بام الأب وسائر اهل العلم على ان القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الأب، فاما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الام ؟ فيه روايتان (احداها) انها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عايه السلام واحدى الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول اهل العراق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو احدى قولي الشافعي لان الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فاتى تدلي به اولى ان لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات ولنا انها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الام ولان الجدات امهات يرثن ميراثاً واحداً

فاذا وجد ذلك نظرت فان كان ورثة الاول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لها جميعا وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل بسيرة كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فان للمرأة من الاول سهمان مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فاذا كان كذلك فاقسم المسئلة على ورثة الثاني ولا تنظر الى الاول ، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنيتين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في بقية المسائل فان كان معهم من يرث من الاولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ايست أمأ لهم فاذك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا وان كانت أمأ لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم يخلف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقيين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في ميراثها لانه قد صار اليهم فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها فان انقسم على مسئلته فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها أرأخ ماتت البنت وخلفت زوجها وبنتا وعمها فالمسئلة الاولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى الاخ ثلاثة ومسئلة الثانية من أربعة لزوجها سهم ولا بنتها سهمان ويبقى سهم الاخ الاول فصار له من المسئلتين

من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لافرنهن كالأباء والابناء والاخوة وكل قبيل اذا اجتمعوا فالميراث للاقرب وقولهم إن الأب لا يسقطها قلنا لانهم لا يرثون ميراثه وإنما يرثون ميراث الامهات لكونهن امهات ولذلك اسقطتهن الام والله اعلم

(مسائل) (من ذلك أم أم وأم أم أب فالمال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما ، أم أب وأم أم المال للاخرى في إحدى الروايتين وهو قول الخري وفي الاخرى هو بينهما ، أم أب وأم أم وأم جد المال للاولين في قول الجميع إلا شريك ومن وافقه هو يبنهن أم أب وأم أم وأم أم أبي أب هو للاولين في قول الجميع

(مسألة) (ولا يرث أكثر من ثلاث جدات أم الأم وأم الأب وأم الجد ومن كان من امهاتهن وان علت درجاتهن) فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة لما روي سعيد باسناده عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وقال ابراهيم كانوا يورثون ثلاث جدات وهذا يدل على انه لا يرث أكثر من ثلاث وفي ذلك اختلاف ذكرناه فأما أم أبي الأم فلا ترث لانها تدلي بغير وارث وكذلك كل جدة تدلي بغير وارث وهذا اجماع من اهل العلم الا ما حكى عن بن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين انهم قالوا ترث وهو قول شاذ لانعلم اليوم به قائلا لانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب وأما أم أبي الجد ومن ادلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وقد ذكرنا ذلك

أربعة أسهم وصحت المثلتان من ثمانية وان لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسئلته وانقت بين سهامه ومسئلته فان اتفقا رددت مسئلته الى وقفها ثم ضربته في المسئلة الاولى فما بلغ فمعه تصح المثلتان ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق المسئلة الثانية وكل من له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسئلتها من اثني عشر توافقها سهامها بالربع فترجع الى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الاولى في ثلاثة والملاخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وان لم يوافق سهامه مسئلته ضربت المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فان مات ثالث همت مسئلته ونظرت سهامه مما صحت منه المثلتان فان انقسم على مسئلته صحت مما صحت منه الاوليان وان لم تصح وافقت بين مسئلته وسهامه وضربت وفق سهام مسئلته ان وافقت أو جبهها ان لم توافق فيما صحت منه الاوليان وحات على ما ذكرنا وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده

(فصل) وان أردت قسمة المسئلة على قراريط الدينار فانها في عرف اهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان (أحدهما) أن ينظر ما تركب منه العدد

(أمثلة ذلك) ذلك أم أم ، وأم أب السدس بينهما اجماعا) أم أم أم ، وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاولين ، وعند داود هو للاولى وحدها ولا يرث الرابعة إلا في القول الشاذ عن ابن عباس وموافقيه ، أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، وأم أم أبي أم ، وأم أبي أبي أم ، وأم أبي أبي أم أب ، السدس للاولى عند داود ، وللأولين عند مالك وموافقيه ، وللثلاث الاول عند احمد وموافقيه ، وللأربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة ، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة ، ولا من قبل الأب إلا اثنتان ، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانهما كلما علون درجة ازداد في عددهن من قبل الاب واحدة .

﴿مسئلة﴾ (والجدات المتحاذيات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، وان كثرت فعلى ذلك) يعني بالتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أزل منها لان الجدات انما يرثن كاهن إذا كن في درجة واحدة وهن كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لأقربهن ، وفيه اختلاف ذكرناه فاذا قيل نزل جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أم ، وأم أب ، وان قيل نزل ثلاثاً فهن أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، واحدة من قبل الام واثنان من قبل الاب وفي درجتها أخرى من قبل الام غير وارثة وهي أم أبي أم ولا يرث أبداً من قبل الام إلا

فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو اسكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما باع فهو نصيبه ومثال ذلك سمائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها فخذ نصف الثلاثين وثلاثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربيع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا

(واثاني) أن تنظر عدداً إذا ضربته في الأربعة والعشرين ساوي المقسوم أو قاربه فإذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط مثاله في مسئلتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربع مائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الخمسة إلى العشرين فيكون ذلك سهم القيراط فإذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له أسهم فاعطه بكل سهم من سهم القيراط قيراطاً ، فإن بقي له من السهام مالا يباع قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط واعطه منه مثل تلك النسبة ، فإن كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له

واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك فإن قيل نزل أربعاً فهن أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وفي درجتهم أربع غير واريثات ، وقد ذكرناهن فيما قبل إلا أن أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأولى ، ومن قال بتوريث زيادة على الثلاث ورث في الدرجة الرابعة أربعاً ، وفي الخامسة خمساً ، وفي السادسة ستاً ، وهو قول أبي حنيفة وموافقيه ، فإذا أردت تنزيل الجدات الواريثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى جدتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفي الثانية أربع لأن لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة إليه . وفي الثالثة ثمان لأن لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه يكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن . لا يرث منهن عند أحمد إلا ثلاث .

مثلة (وترث الجدة وابنها حي وعنه لا ترث)

ن الجددة من قبل الأب إذا كان ابنها حياً واريثاً فإن عمر وابن مسعود وأباموس وعمران وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بنري واسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي أن علي رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عمّاً أو عم أب لانها لا تدلي به واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به ولا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم

سهم بعدد مبالغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قرار يبط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان مائت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالأولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق أحدهما في الأخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فلابنت من الأولى أربعة في عشرة تكن أربعين فالأب بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنتين وخمسين فصار لها ستة وخمسان والاب من الأولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قرار يبط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس ولزوج الأولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قرار يبط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهران ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم والأختين من الأب مثل ذلك واللاخت من الأبوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس

(فصل) في قسمة التركات ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسئلة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون ديناراً فالزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة وهي ثمانية دنائير ولكل واحد من الأبوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للأبوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أطعمت السدس أم أب مع ابنها وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنها ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجب به كأمهات الأم

﴿ مسائل ﴾ (أم أب وأب السدس لها والباقي للأب وعلى القول الآخر السدس له دونها)

أم أم وأم أب السدس بينهما على القول الأول ، وعلى الثاني السدس لأم الأم والباقي للأب وقيل لأم الأم نصف السدس والباقي للأب لان الأب لو عدم لم يكن لأم الأم إلا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما يكون لها مع عدمه والأول أصح لان الأخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الأب كذا ههنا ثلاث جـدات متحاذيات وأب السدس بينهما على القول الأول ولأم الأم على القول الثاني وعلى الثالث لأم الأم ثلث السدس والباقي للأب فان كان مع المتحاذيات جد لم يحجب إلا مع أب ، وأم أب ، وأم أم أم السدس لأم الأب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لأم أم الأم لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيدلانه

وقسمت ذلك على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وإن شئت قسمت التركة على المسئلة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له ، وإذا كانت المسئلة عدداً أصماً عملت بأحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار ولك في قسم التركة في مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسئلة الأولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسئلته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدها كذلك ، وإذا كان بين المسئلة والتركة موافقة فخذ وفقيهما واعمل بهما ما ذكرنا

(فصل) وإذا كانت التركة سهاماً من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثانية تكن ستة وتسعين فلزوج ثلاثة من مسئلة مضروبة في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللأخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها والام سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمان سدسها ، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثالث ثمنها وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فللام ربعها وهي قيراطان ونصف وللأخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

يورث البعدي من جهة الام مع القربي من جهة الاب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لأنها انحجبت بأب الأم ثم انحجبت أم الأب بالأب فصار المال كله للأب .

﴿ مسئلة ﴾ (فإن اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أحمد أن السدس بينهما اثلاثاً لذات القرابتين ثلاثاً والأخرى ثلثه) كذلك قال أبو الحسن التميمي وأبو عبد الله اللوني ولهما ما أخذنا ذلك من قوله في توريث الجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانا من جهة واحدة لم ترث بهما جميعاً كالأخ من الأب والام ولما أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة لا ترجح بهما على غيرها فوجب أن ترث بكل واحد منهما كبن العم إذا كان أخاً لأم أو زوجاً وفارق الأخ من الأبوين فإنه يرجح بقربانيه على الأخ من الأب ولا يجمع بالترجيح بين القرابة الزائدة والتوريث بهما فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر ولا ينبغي أن يخل بهما جميعاً بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لها ولد فتكون المرأة أم أمه وهي أم أبي أبيه وإن يتزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أمه أو أم أم أبيه فإن أدلت الجدة بثلاث

(مسألة) قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثا إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنت والاخت والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهن على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشریح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم في الإحصاء إلا أنه يروي عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم ، وروي ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجد مع ذي سهم والذي ذكره الحارقي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لأنهم تساوا في السهام فيجب أن يتساوا فيما يتفرع عليهما ولأن الفريضة لو عالت لدخل النصف على الجميع بالرد ينبغي أن ينالهم أيضا فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبية أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله أن أهل الرد كلهم من ذوي الأرحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وألو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد

جهات ترث بها لم يمكن أن يجمع معاهدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث .

(فصل) قال رحمه الله (ولبنت الواحدة النصف)

لا خلاف في ذلك بين علماء المسلمين لقول الله تعالى فإن كانت واحدة فلها النصف ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت أن لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فلأخت وإن كانتا اثنتين فصاعدا فلهما الثلثان ، أجمع أهل العلم على أن فرض البنتين الثلثان الرواية شذت عن ابن عباس أن فرضهما النصف لقول الله تعالى (فإن كن ذواتا فوق اثنتين فلهن ثلثا مترك) ففهموه أن ما دون الثلث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة فإن النبي ﷺ قال لآخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الأخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان) مما ترك وهذا تنبيه على أن لبنتين اثنتين لأنهما أقرب ولاز كل من يرث منهم الواحد النصف فلاثنتين منهما الثلثان كالاختين من الأبوين أو من الأب وكل عدد يختلف فرض أحدهم وجماعتهم فللاثنتين منهم مثل فرض الجماعة كولد الأم فالثلث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا مترك) واختلفت فيما ثبت به فرض اثنتين قبل هذه الآية والتقدير فإن كن اثنتين وفوق ضلة كقوله تعالى (فأضربوا فوق الأعناق) أي أضربوا الاعتناق وقيل معناه فإن كن نساء اثنتين فما فوق وقد دل عليه قول النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية لأجل

ابن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لأن الله تعالى قال في الاخت (فلها نصف ما ترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولا يها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأرسلوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهوؤلاء من ذوي الأرحام وقد ترجعوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لساثر المسلمين وذو الرحم أحق من الأجانب عملاً بالنص ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلي » وفي لفظ « من ترك ديناً فإلي ومن ترك مالا فلأرث » متفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « تخرج المرأة ثلاثة موارث لقطعة ما وعتيقها والولد الذي لا عنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي بالأمان كاه خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولأنهم من ورثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا يويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينفي أن يكون للاب السدس وما فضل عن البنت بحجة التخصيص وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل اذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معنقة كذا همنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزرجان فليس من ذوي الأرحام

سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير الآية وبيان لمعناها واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير وبدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواترت عليه الأدلة التي ذكرناها فلا يضرنا أيها أثبت

(مسألة) (وبنات الابن بمنزلة البنات اذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمن في أرثهن وحجبهن لمن يحجبهن البنات وفي جعل الأخوات معهن عصيات إلا ما روي عن ابن عباس أنه كان لا يورث الأخوات مع البنات وفي أنهم اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات ابن الابن وغير ذلك والاصل في ذلك قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) وولد البنين أولاد لقوله تعالى (يا بني آدم) يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنو من أبناء الرجال الأجانب

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كانت أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام فلاخت للاب والام النصف وللأخت للاب السدس وللأخت للام السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهما على خمسة أسهم للأخت اللاب والام ثلاثة أخماس المال وللأخت اللاب الخمس وللأخت للام الخمس طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسئلتهم وهي أبدأ تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة إلا الربع والثلث وليس لغير الزوجين وإيسا من أهل الرد ثم تجمل عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا ههنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأن ذلك صار أصل مسئلتهم وينحصر في ذلك أربعة أصول أولها أصل اثنتين كجدة وأخ من أم اكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثا فلأن سهم لا ينقسم عليهن اضرب مددهن في أصل المسئلة وهو اثنان تصير ستة للأخ من الام النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وأخوان لام فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسئلتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وأربعة أخوة من أم للأخوة

﴿مسئلة﴾ (فإن كانت بنت وبنات ابن فالبنت النصف وبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين) أما استحقاق البنت الواحدة النصف فلا خلاف فيه ، وقد ذكرناه فإن كان معها بنت ابن أو أكثر فلها النصف وبنات الابن السدس تكمة الثلثين وهذا مجمع عليه أيضا ، وقد دل عليه قوله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض لبنات كاهن الثلثين وبنات الصاب وبنات الابن كاهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه واختصت بنت الصاب بالنصف لأنه مفروض لها والامم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن وهو تمام الثلثين ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكمة الثلثين

قد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للبنة النصف وما بقي فلاخت فأبى ابن مسعود فأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنة النصف ولابنة الابن السدس تكمة الثلثين وما بقي فلاخت فأبى أبو موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لأنسألوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم متفق عليه ينحو هذا المعنى

(فصل) فإذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

سهمان يفواقتهم بالنصف يرجع عددهم الى اثنين تضربهما في عدد الجدات ثم في أصل المسئلة صارت ثمانية عشر ومنها نصح، أصل أربعة اخت لابوين واخت لاب أو أم أو اخ لام أو جدة، بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن، فان كان بنات الابن أربعة ضربت في أصل المسئلة وهي أربعة صارت ستة عشر ومنها نصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات للاخت من الاب والام النصف وللخت من الاب السدس وللخت من الام السدس وهذه مسئلة الخرق أم واخت لابوين أو لاب أم واخت لابوين واخت لاب أو لام ولا تزيد مسائل الرد ابدأ على هذا لانها لو زادت سهما لكل المال ولم يبق شيء منه يرد، ثلاث جدات وبنت وأربع بنات ابن اصلها من خمسة ونصح من ستين ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كانه عصبية فان كان شخصاً واحداً فالمال له، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاخوة

(فصل) فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من أصل مسئلته وقسمت الباقي من مسئلته على فريضة اهل الرد فان انقسم صحت المسئلان ولا يتفق هذا الا ان يكون للزوج امرأة لها الربع ومسئلة اهل الرد من ثلاثة كأمراة وام واخ لام او ام واخوين لام أو جدة واخوين لام فلهما الربع من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها وبصح الجميع من أربعة فان انكسر على عدد منه ضربته في أربعة كل ربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر وان لم ينقسم

في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة انفرد بها عن الصحابة فقال لبنات الابن الا ضربهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لمن بالمقاسمة فرضه لمن وأعطى الباقي للذكر، وإن كان الحاصل لمن بالمقاسمة أقل قام بهن وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها غيرها اذا استكمل البنات الثلاثين الا أنه ناقص في المقاسمة اذا كانت أضربهن وكان ينبغي أن يعطين السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمهما لو لم يكن غيرها فتقسمهما مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن ولا يصح أصله الذي بني عليه كما قدمنا (مسئلة) (وإن استكمل البنات الثلاثين سقط بنات الابن إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن فيما بقي)

أجمع أهل العلم على ذلك لان الله تعالى لم يفرض الأولاد اذا كانوا نساء إلا الثلاثين قليلا كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشارك بنات الصلب لانهن دون درجاتهن فان كان مع بنات الابن ابن في درجاتهن كأخين أو ابن عمهم أو أنزل منهن كبن أخيهن أو ابن ابن عمهم أو ابن ابن عمهم عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة

فاصل مسألة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضاً فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهابه من مسئلته مخروبة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمة عليهم فان لم ينقسم ضربته او وثقه فيما انتقلت اليه المسئلة وتصح على ما مضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في اصول خمسة [أحدها] زوج وجدة وأخ لام ، الزوج النصف وأصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددن في أربعة فما بلغ فمعه تصح

(الاصل الثاني) زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل الى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات ايضاً (الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لاب أو أخت لام أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لاب وأخت لام أو جدة

رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه احداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنتين بدليل ما لو انفردن وتوريثن ههنا يفضي إلى توريثن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ولان كل ذكر وأنثى يقتسمان المال اذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يفتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والأخوة مع الأخوات وما ذكره فهو في الاستحقاق لفرض فأما في مسئلتنا فأنما يستحقون بالتعصيب فكان معتبراً بأولاد الصلب والأخوة والأخوات ثم يبطل ما ذكره بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهم يأخذون ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانية أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشرة أخذت خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلي اثنتين سقطت اذا لم يكن لها من يعصيها سواء كل الثلثان لمن في درجة واحدة أو لعليا والتي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه .

(فصل) وفروض الأخوات من الابوين كفرض البنات سواء إلا أنه لا يعصيهن إلا أخوهن

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين [الاصل الخامس] زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة، أخت من أبوين وأخت أو إخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة، أختان من أبوين أو من أب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة توافق بالاسباع فيرجعون الى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقهن بالاسباع فيرجعون الى ثلاث والاثنان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثا في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربع مائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبه ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبه فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة لزوج

يعني أن الواحدة من الاخوات الابن النصف والاثنين فما زاد الثلثان، فان كانت الاخت لابوين وأخت أو أخوات لاب فلهن باقي الثلثين وذلك السدس تركة الثلثين كبنات الابن مع البنات فيما ذكرناه وان لم يكن لهن أخوات لابوين وكان له أخوات لاب فلهن حكمهن الواحدة النصف والاثنين فما زاد الثلثان وهذا الخلاف فيه بين أهل العلم، فان استكمل الاخوات الابوين الثلثين سقطت الاخوات الاب لاب الا ان يكون معهن أخوهن فيعصبن فيما بقي، لذلك مثل حظ الاثنين وخالف ابن مسعود في ذلك ومن تبعه من سائر الصحابة والمفتها، فقال اذا استكمل الاخوات الابوين الثلثين فالباقي المذكور من ولد الاب دون البنات فان كانت أخت لابوين وأخوة وأخوات لاب جعل البنات من ولد الاب الا ضربهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي المذكور كما فعل في ولد الابن مع البنات وقد ذكرناه وأما فرض الثلثين فصاعدا والنصف الواحدة المفردة فثبت بقول الله تعالى ' يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ' وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك (والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب بإجماع أهل العلم، وعن جابر قال : قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم) الآية رواه أبو داود وروى أن جابراً اشكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله عز وجل في أخواتك فبين هن الثلثين وما زاد على الاثنتين في حكمهما » لانه إذا كان للاختين الثلثان فالثلاث اختان فصاعدا وأما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلان الله تعالى إنما فرض للاخوات الثلثين فإذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه

(باب الجدات)

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة إذا لم تكن أم السدس)

قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدّة السدس إذا لم يكن للبيت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذئيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطالب ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن أرجي حتى أسأل الناس ، فقال المفيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس ، فقال هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة فأرضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء ، فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فإن اجتمعنا فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها ، رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه ، وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات

الله للاخوات شيء يستحقه والد الأب فإن كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وما بقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات الأب ولذلك قال الفقهاء لمن السدس تكملة الثلثين فإن كان والد الأب ذكراً وإناثاً فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصاب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها وهو أنزل منها وابن عمها والاخت من الأب لا يعصبها إلا غيرها فلو استكمل الاخوات من الأبوين الثلثين ونم الاخوات لاب وابن أخ لمن لم يكن الاخوات لاب شيء وكان الباقي لابن الأخ لان ابن الابن وانزل ابن وابن الأخ ليس باخ (مسئلة) (والاخوات مع البنات عصبة يرثن مفضل كالأخوة وإست لمن معهن فريضة مسماة) المراد بالاخوات ههنا الاخوات من الأبوين أو من الأب لان ولد الأم يسقطن بالولد وولد الابن وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فانما روي عنه أنه لا يجعل الاخوات مع البنات عصبة وقال في بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء والاخت فقيل له ان عمر قضي بخلاف ذلك جعل الاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قوله سبحانه وتعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد والحق فيما ذهب اليه الجمهور فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لا قضين فيها بقضاء

وقد روى ابن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جعل لجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به ، فأما أم الأب فانها أيضا إنما ترث ميراث أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهة ما ورثت مع وجوده

(مسئلة) قال (وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وان كثرن وذلك لما روينا من الخبر وان هر شرك بينهما وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ولانهن ذوات عدد لا يشركن ذكر فاستوى نسيهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الحرقي لم يزدن على السدس فرضا يريد به التحرز من زيادتهن بالرد فانهم يأخذون في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره

رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف وابنت الابن السدس وما بقي فللاخت رواه البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على ان الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ما يأخذه من البنت ايسر بفرض وانما هو بالتعصيب كيراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قوله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الاجماع. ثم ان النبي ﷺ هو المبين لكلام الله تعالى وقد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كان ابنتان وبنت ابن سقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الأم زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللبنتين الثلثان وبقي للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عات الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت

(فصل) ولواحد من واد الأم السدس ذكراً كان أو انثى فان كانا اثنتين فصاعدا فلهن الثلث بينهم بالسوية أما استحقاق الواحد من ولد الأم السدس فلا خلاف فيه ذكراً كان أو انثى لقول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت فليكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) يعني ولد الأم باجماع أهل العلم وفي قراءة سعد وعبد الله (وله أخ أو اخت من أم) وأما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية اخرى (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو اخت فليكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب وكذلك ابن علنا وكانت في القرب سواه كام أم أم وأم أم أب الا ما حكى عن داود أنه لا يورث أم أم الاب شيئا لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر .

ولنا أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بام الام فانها ترثه ولا يرثها ، وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب أبو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن وروى ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم . وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة ، وبه قال الارزاعي واسحاق ، وروى عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين . وحكى ذلك عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وريصة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم ، وحكى عن الزهري أنه قال لانعلم ورث في الاسلام إلا جدتين . وحكى عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعاب ابن مسعود فقال سعد أنصيني وأنت تورث ثلاث جدات ؟

وروى عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت باب غير وارث كام أم الام ، قال ابن سراقه وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن

وقوله (فهم شركاء) من غير تفضيل يقضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به ، وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللأثنين الثلثين وجعل الاخ يرث اخا ، الكل وهذا مجم عليه فلا عبرة بقول شاذ

(فصل) في الحجب قال رحمه الله (يسقط الجد بالاب وكل جد بمن هو اقرب منه)

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الاب لا يحجبه عن الميراث غير الاب وكذلك كل جد يسقط بمن هو أقرب منه لانه يدلي به فهو كاسقاط الجد بالاب وتسقط الجدات بالام قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن للجددة السدس اذا لم يكن للميت أم ولاتهن أمهات فسقطن بالام كما يسقط الاب الجد ويسقط ولد الابن بالابن لانه إن كان أباء فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه فسقط به كما يسقط الجد بالاب وإن كان عمه فهو أقرب منه لقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » .

(مسئلة) (ويسقط ولد الابوين بثلاثة بالابن وابنه والاب)

أجمع أهل العلم على ذلك بحمد الله ذكره ابن المنذر وغيره والاصل في هذا قوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن

سهر بن واثيري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الخراقي فإنه سمي ثلاث جدات متعاضيات ثم قال وإن كثرن فعلى ذلك واحتجوا بأن الزائدة جدة أدات بوارث فوجب أن ترث كاحد الثلاث

ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم، وأخرجه أبو عبيد والدارقطني

وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم أنه قال كانوا يرثون من الجدات ثلاثاً ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن : وإذا ثبت هذا فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجاتها وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجاتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد ولا كل جدة أدات بأكثر من ثلاثة آباء. وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة للمداية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت باب بين أمين كام أبي الأم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلًا وإس صحيح فإنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب وأمثلة ذلك، أم أم وأم أب السدس بينهما إجماعاً، أم أم وأم أم وأم أب وأم أبي أم السدس للثلاث الأول إلا عند مالك وموافقه فإنه الأولين وعند دارد هو الأول وحدها ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس

لها ولد (الآية والمراد بذلك الاخوة والاختوات من الابوين أو من الاب بغير خلاف بين أهل العلم وقد دل ذلك على قوله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وهذا حكم العصبية فاقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالدان الكلاله من لا ولد له ولا والد خرج من ذلك البنات والأم لقيام الدليل على ميراثهم بهما بغير فيما عداها على ظاهره فيسقط ولد الابن ذكرهم وأنثاهم بثلاثة المذكورين وإن نزل ولد الابن وهم الاب لانهم يدلون به والابن لانهم يأخذون الفضل عن فرض البنات والابن لا يفضل عنه شيء، وكذلك ابن الابن وإن نزل لانه ابن ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابين لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني الفلات يرث الرجل أخاه لايه وأمه دون أخيه لايه. أخرجه الترمذي

(مسئلة) (ويسقط ولد الأم بأربعة بالولد ذكراً كان أو أنثى وولد الابن والاب والجد)

أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً خاف فيه إلا رواية واحدة شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام للام الثلث والاخوين الثالث وقبل عنه لها ثلث الباقي وهذا بعيد جداً فإنه يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يورثهم مع الاب؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد فكيف يورثون مع الاب؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه

الروایتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الثاني ، والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو القول الثاني لثاني رضي الله عنه لان الاب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فاتي تدلي به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقتها القرني من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا أنها جدة قرني فتحجب البعدى كاتي من قبل الأم ولان الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة فاذا اجتمعن فاليراث لأقربهن كالأباء والابناء والاخوة والبنات وكل قيل إذا اجتمعوا فاليراث لأقربهم ، وقولهم ان الاب لا يسقطها قلنا لانهم لا يرثن ميراثه انما يرثن ميراث الامهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطنهن الام والله أعلم

(مسائل) من ذلك أم أم وأم أم أب المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما: أم أب وأم أم أم المال للأولى في قول الحرقى ، وفي الرواية الاخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال للأوليين في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهما: أم أب وأم أم وأم أم وأم أبي أب هو للأوليين في قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما اثلاثا لذات القرابتين ثلثا والأخرى ثلثه كذلك قال ابو الحسن التميمي وأبو عبد الله العربي وأهلها

والآيتان في سورة النساء المراد بالكفالة فيما أثبت ولا خلاف في أن اسم الكفالة يقع على الاخوة من الجهات كلها وقد دل على صحة ذلك قول جابر بإسناد الله كيف الميراث ؟ انما يرثني كفالة فحمل الوارث هو الكفالة ولم يكن لجابر يؤيد والد ولا والد ، ومن ذهب الى انه يشترط في الكفالة عدم الوالد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة والبصرة والكويت ويروى عن ابن عباس أنه قال الكفالة من لا والد له ، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما قول الجماعة

﴿ باب العصابات ﴾

العصابة الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذوفرض أخذ ما فضل عنه أو أكثر وإن انفرد أخذ المال كله وإن استغرقت الفروض المال سقط ، وهم كل ذكر من الاقارب ليس بينه وبين الميت اثنى وم عشرة : الابن وابنه والاب وأبوه والاخ وابنه إلا من الام ، والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة ، وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط من بعد لقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » متفق عليه وأخرجه الترمذي . وفي رواية « ما بقى الفروض للأولى رجل ذكر »

أخذاً ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك ، وقال الثوري والشامي رضي الله عنه وأبو يوسف السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعاً كالأخ من الاب والام

وانما أنها شخص ذو قرابتين يرث بكل واحدة منهما منفردة ولا يرجع بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كبن العم إذا كان أخاً أو زوجاً ، وفارق الأخ من الابوين فإنه يرجع بقرابتيه على الأخ من الاب ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فيكون المرأة أم أم . وهي له أم أبيه وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم أم أبيه وان أدلت الجدة ثلاث جهات يرث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يرث أكثر من ثلاث

(مسئلة) قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجملته ان الجدة من قبل الاب اذا كان ابنها حياً ورثا فان عمر وابن مبرد واباه وسى وعمران

وأقربهم الابن ثم ابنه وان نزل لان الله سبحانه قال (يوصيكم الله في أولادكم) والعرب تبدأ بالأب فالأم ، ثم الاب لان صائر العصبية يدلون به ، ثم الجد أبو الاب وإن عللانه أب مالم يكن أخوة لاب أو لابوين فان اجتمعوا فاهم فصل مفرد ذكرناه وذكرنا اختلاف أهل العلم في ذلك وفي كيفية توريثهم ، ثم بنو الاب وهم الاخوة ، ثم بنوهم وإن نزلوا ، ثم بنو الجد وهم الأعمام وإن نزلوا ثم أعمام الاب ثم أبناءهم ثم أعمام الجد ثم أبناءهم كذلك أبدأ لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجاتهم لما ذكرنا من الحديث ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه فان استوتوا فأولاهم من كان لابوين لما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وهذا كله مجمع عليه

(مسئلة) (فاذا انقرض العصبية من النسب ورث المولى المعتقد ثم عصبائه الأقرب فالأقرب) لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وسنذكره في باب إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقسمون ما ورثوا لذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابنه والاخ من الابوين والاخ من الاب ومن عدام من العصبية)

بنفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخوة والأعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا اخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب

ابن الحصين واما الطائيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعمري واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروى ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب لانها لا تدلي به ، واحتج من أسقطها بابيها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مم ابنها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن افظه أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها . وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الام لاميراث الاب فلا يحجب به كأمهات الام (مسائل ذلك) أم أب وأب لها السدس والباقي له وعلى القول الآخر الكل له دونها . أم أم وأم أب وأب السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون

وإنما ائتركوا لان الرجال والنساء كلهم وارث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الاثني على الذكر أو مساواتها إياه ، أو إيقاط بالكلية فكانت المقاسمة أولى وأعدل ، وسائر العصبية ليس اخواتهم من أهل الميراث فأنهم ليس بذوات فرض ولا يرثن مندرجات فلا يرثن مع اخوتهم شيئا وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنه

(مسألة) (وابن ابن الابن يعصب من بازائه من أخواته وبنات عمه وبنات عم أبيه على كل حال إذا لم يكن لمن فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه وكذا نزلت درجتا زاد فمن يعصبه قبيل آخر)

فلو خاف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر . ومن وعصبه كان للعليا النصف ولثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبه وإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالل مال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، وإن كان مع الثانية عصبه كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة وإن كان مع الثالثة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينهما وبين الثالث وإن كان مع الرابعة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة والرابعة على خمسة ونصف من ثلاثين ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الالب كذا ههنا : ثلاث جدات متحاذايات وأب السدس بينهما على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لأن الام ثلث السدس والباقي للاب وان كان مع المتحاذايات جدات لم يحجب الأأمه^(١) أب وأم أب وأم أم أم على قول الخرق السدس لام الالب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الالب، ثم اختلف القائلون بذلك فقبل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحها قد سقط حكمها فصارت كالمدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البمدى من جهة الام مع القربى من جهة الالب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لانها انحجبت بأم الالب ثم انحجبت أم الالب بالاب فصار المال كله للاب

(۱) وفي نسخة
جد لم يرته إلامه

(مسئلة) قال (والجديات المتعاذيات أن تكون أم أم أم أم أب وأب أي أب وان كثرن فملى ذلك)

يعني بالمتعاضيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى، ولا أنزل منها لأن الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كن بعضهن أقرب من بعض فالميراث لأقربهن، فإذا قيل ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أمه وأم أبيه وإن قيل ترك ثلاثاً فهن كقَالَ الخرقى أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الأم واثنان من قبل الأب وهما أم أمه وأم أبيه كاجاء الحديث، وفي درجتهم أخرى من قبل الأم غير واردة وهي أم أبي الأم ولا يرث

(مسئلة) (ومنى كان بعض بني الاعمام زوجا أو أخا لأم أخذ فرضه وشارك الباقيين في تمصيهما) وجملة ذلك أنه اذا كان ابنا عم أحدهما أخ لأم فالأخ للام السدس والباقي بينهما نصين هذا قول جمهور الفقهاء . يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ، وقال ابن مسعود المال للذي هو أخ من أم ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لانهما استويا في قرابة الاب وفضل هذا بأم فصارا كاخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لاب ولان ابن العم لابوين بسقط ابن العم للاب كذلك هذا فاذا كان قربه بكونه من والد الجدة قدمه فكونه من والد الام أولى ولنا أن الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتصيب وهو اذا كان معه أخ من أبوين أو من أب ارعم وما يفرض له به لا يرجح به كما لو كان أحدهما زوجا ، ويفارق الأخ من الابوين والعم وابن العم اذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان متهما أخ لاب فللاخ من الام السدس والباقي للاخ من الاب وكذلك ان كان متهما اخ لابوين فان كان ابن عم لابوين وابن عم هو اخ لام فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي الآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو اخ لام

أبدأ من قبل الام الا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لأب فيهن فاحفظ ذلك، فان قيل ترك اربعاً
 فهن أم أم أم أم أم اب وأم أم اب وأم اب اب وفي درجتهم أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن
 فيما تقدم الا أن مذهب احمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول . ويحتمل قول
 الحرقي توريتهم وان كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة ذات جدة ويرث في الدرجة الخامسة
 خمس وفي السادسة ست وفي السابعة سبع وعلى هذا أبدأ ، وقول الحرقي : وان كثرن فعلى ذلك ،
 يحتمل أنه ذهب الى توريت الجدات على هذا الوجه وان كثرن . ويحتمل أنه أراد وان كثرن فلا
 يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث : واحدة من قبل الام واثنين من
 قبل الاب وهما أم امه وأم ابيه وأمهاتهما ولا يرث جدة في نسبها اب بين امين ولا ثلاثة آباء ، وان
 أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم ان الميت في الدرجة الاولى جدتين ام امه وأم ابيه
 وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أرم بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل
 واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن
 ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(فصل) فان كان ابنا عم احدهما اخ لأم وبنت ابنت او بنت الابن النصف والباقي
 بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنات ولو كان الذي ليس باخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي
 كله لذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المستثنين بدليل ان الاخ من الابوين يتقدم على
 الاخ من الاب بقراءة الام ، وإن كان في الفريضة بنت تحجب بقراءة الام . وحكي عن سعيد بن جبير
 ان الباقي لابن العم الذي ليس باخ وان كان من اب لانه يرث بالقرابتين ميراثاً واحداً فاذا كان
 في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استفرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم
 يرث بقراءة الام بدليل المصلحة المشتركة

ولنا على ابن مسعود ان الثالث يسقط الميراث بقراءة الام فيبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق
 ولد الابوين فان قراءة لام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا تؤثر فيها بحجبها وفي مسئلتنا يفرض له
 بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو اخ اخ من اب وبنت
 لحجبت البنت قراءة الام ولم ترث بها شيئاً كالبنات النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث
 بكونه اخ من ام السدس واذا حجبت البنت مع الاخ من الاب وجب أن يحجبه في كل حال لان
 الحجب بها لابا للاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم
 اذا كان زوجاً معه من يحجب بني العم ، ولا نسلم انه يرث ميراثاً واحداً بل يرث بقرابته ميراثين
 كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثاً واحداً فان
 قراءة الام لا يرث بها منفردة

﴿ باب من يرث من الرجال والنساء ﴾

(مسئلة) قال (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وان سفل والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج وهو ولي النعمة . ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء مجم على توريتهم وأكثرهم ثبت توريتهم بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتل أن يتناول قوله تعالى (ولأبويه) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم. والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فللكل واحد منهما السدس) وولد الابوين والاب ثبت ارثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ «ما أبت الفروض فلاولى رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم الأم ولا ابنة ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه السلام «الولاء»

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه الواحدة (والثانية) في بنات ربنا ابن وابن ابن الباقي عنده لابن الابن دون اخواته (الثالثة) في أخوات لابوين وأخ وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) اخت لابوين وأخ وأخوات لاب الاخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر الاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل الاخ وسقط الآخر فان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ الام من ذوي الارحام، وإن كان عمان أحدهما خال لام لم يرجح بخوخته، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من أب يأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لا غير، وإن كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجده وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج للزوج النصف والباقي بينهما نصيبين عند الجميع فان كان الآخر أخا لام فالزوج النصف والاخ السدس والباقي بينهما أصلهما من ستة للزوج أربعة والاخ اثنان

لمن اعتق والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن)

(فصل) وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة فالذكر كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الام وإلا الاب والجد مع الابن . والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض الا المولاة المعتقة ولا الاخوات مع البنات . وعدد العصبات الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وإن علا والاخ من الابوين والاخ من الاب وابناهما وان نزلا والعمان كذلك وابناهما وان نزلا وعمما الاب وابناهما كذلك أباؤهم مولى النعمة . وعدد الاناث البنات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والاخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خيرة : الزوجان والابوان وولد الصلب لأنهم يقرن بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت بمحببتهم ، ومن سواهم من الوراثة إنما يمت بواسطة سواء فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

باب ميراث الجد

روى ابو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن مهران بن المصعب أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال ان ابني مات فإني من ميراثه قال «كذلك السدس» فلما أدبر دعاه فقال «إن لك سدساً آخر» فلما

وترجم باختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي الاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ لام للزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهم على ثلاثة أصلاً من ستة تضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج تسعة والاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع والاخ خمسة وهي السدس والتسع والثالث التسع سهمان ، فان كان الزوج ابن عم من أبوين فالباقي له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما ، ونصح من ستة للزوج الثلثان والكل واحد من الآخرين سدس وعند ابن مسعود أن الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم ونصح من ستة لابن العم خمسة والاخر سهم ، ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة إخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم ونصح من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما ونصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لأم أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر بهر معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد ، وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل الثالث والاخرة على أربعة والثلاثين لبني العم على أربعة فنصح من اثني عشر لكل أخ مفرد

أدبر دعاه فقال «إِنَّكَ السَّدَسُ الْآخِرُ طَعْمَةٌ» قَالَ قَتَادَةُ فَلَا نَدْرِي أَيُّ شَيْءٍ وَرَثَةُ قَالَ قَتَادَةُ أَقْلُ شَيْءٍ وَرَثَ الْجَدِ السَّدَسُ، وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ أَيْضًا أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: أَيُّكُمْ يَعْلَمُ مَا وَرَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَدُ؟ فَقَالَ مُسْقِلُ بْنُ بَسَارٍ أَنَا، وَرَثَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ السَّدَسُ قَالَ مَعَهُ مَنْ؟ قَالَ لَا أَدْرِي قَالَ لِأَدْرِيتَ قَالَ فَمَا يَفْنِي إِذَا هُوَ سَعِيدٌ فِي سُنَّتِهِ قَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ الْمُنْذِرِ أَجْمَعَ أَهْلَ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَنَّ الْجَدَ أَبَا الْأَبِ لَا يَحْجِبُهُ عَنِ الْمِيرَاثِ غَيْرُ الْأَبِ وَأَنْزَلُوا الْجَدَ فِي الْحَجْبِ وَالْمِيرَاثِ مَنْزِلَةَ الْأَبِ فِي جَمِيعِ الْمَوَاضِعِ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ (أَحَدُهَا) زَوْجٌ وَأَبْوَانُ (وَالثَّانِيَةُ) زَوْجَةٌ وَأَبْوَانُ لِلْأُمِّ ثَلَاثُ الْبَاقِي فِيهِمَا مَعَ الْأَبِ وَثَلَاثُ جَمِيعِ الْمَالِ لَوْ كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جَدٌ (وَالثَّالِثَةُ) اخْتَلَفُوا فِي الْجَدِ مَعَ الْاِخْوَةِ وَالْاِخْوَاتِ لِلْأَبْوِينَ أَوْ لِلْأَبْنِ وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي إِسْقَاطِهِ بَنِي الْاِخْوَةِ وَوَلَدَ الْأُمِّ ذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ. وَذَهَبَ الصَّدِيقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى أَنَّ الْجَدَ يَسْقُطُ جَمِيعُ الْاِخْوَةِ وَالْاِخْوَاتِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ كَمَا يَسْقُطُهُمُ الْأَبُ وَبِذَلِكَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزَّيْبَرِ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَانَ وَعَائِشَةَ وَأَبِي بَنْ كَعْبٍ وَأَبِي الدَّرْدَاءِ، وَمَعَاذُ بْنُ جَبَلٍ وَأَبِي مَوْسَى وَأَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: وَحُكِيَ أَيْضًا عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَصَنِ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبِي الطَّافِيلِ وَعِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رِعْطَاءُ وَطَارِسُ وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ وَإِسْحَاقُ وَأَبُو ثَوْرٍ وَنَعِيمُ بْنُ حَمَادٍ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالْمَزْنِيُّ وَابْنُ شَرِيحٍ وَابْنُ الْقَبَّانِ وَدَاوُدُ وَابْنُ الْمُنْذِرِ، وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يُوَرِّثُونَهُمْ مَعَهُ وَلَا يَحْجِبُونَهُمْ بِهِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالْأَوْزَاعِيُّ

سَهْمٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ عَمٍّ مَفْرَدٍ سَهْمَانٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ عَمٍّ هُوَ أَخٌ ثَلَاثَةٌ فَيَحْصِلُ لَهَا النِّصْفُ وَلِلْأَرْبَعَةِ الْبَاقِينَ النِّصْفُ، وَصَلَّى قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ لِلْاِخْوَةِ اثْنَاثٌ وَالْبَقِي لَابْنِي الْعَمِّ الَّذِينَ هُمَا أَخْوَانُ

(مَسْئَلَةٌ) (وَإِذَا اجْتَمَعَ ذُو فَرْضٍ وَعَصَبَةٌ بِدْيٍ بِذِي الْفَرْضِ فَأَخَذَ فَرْضَهُ وَمَا بَقِيَ لِلْعَصَبَةِ)

لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَعْلَاهَا فَمَا أَبْقَتْ الْفُرُوضُ فَلِأَوَّلِي رَجُلٍ ذَكَرَ»

(مَسْئَلَةٌ) (وَإِنْ اسْتَفْرَقَتْ الْفُرُوضُ الْمَالَ فَلَا شَيْءَ لِلْعَصَبَةِ)

كَزَوْجٍ وَأُمٍّ وَإِخْوَةٍ لَامٍ وَإِخْوَةٍ لَأَبْوَيْنِ أَوْ لَابْنٍ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَالْأُمُّ السَّدَسُ وَالْاِخْوَةُ لِلْأُمِّ اثْنَاثٌ وَسَقَطَ سَائِرُهُمْ وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ أَحَدُ رَحِمَةِ اللَّهِ نَاسِقُطُ الْاِخْوَةِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ لِأَنَّهُمْ عَصَبَةٌ، وَقَدْ تَمَّ الْمَالُ بِالْفُرُوضِ وَيُرْوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَأَبِي بَنْ كَعْبٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي مَوْسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ وَالْعَنْبَرِيُّ وَشَرِيكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَبُحَيِّ بْنُ آدَمَ وَنَعِيمُ بْنُ حَمَادٍ وَأَبُو ثَوْرٍ وَابْنُ الْمُنْذِرِ وَيُرْوَى عَنْ عُمَرَ وَعُمَانَ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ شَرَكُوا بَيْنَ وَلَدِ الْأَبْوَيْنِ وَوَلَدِ الْأُمِّ فِي اثْنَاثٍ فَتَسْمُوهُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَةِ لِقَوْلِهِمْ مِثْلُ حِظِّ الْأَثْنَيْنِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّانِي وَإِسْحَاقُ لِأَنَّهُمْ سَاوُوا وَلَدَ الْأُمِّ فِي الْقَرَابَةِ الَّتِي يَرْتُونَ بِهَا فَيَجِبُ أَنْ يَسَادَوْهُمْ فِي الْمِيرَاثِ فَانْهَمُ جَمِيعًا مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ، وَقَرَابَتُهُمْ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ إِنْ لَمْ تَزِدْهُمْ قَرَابًا وَاسْتَحَقُّوا فَلَمْ تَسْقُطْهُمْ، وَلِهَذَا قَالَ بَعْضُ وَلَدِ الْأَبْوَيْنِ أَوْ بَعْضُ الصَّحَابَةِ لَعَمْرُكَ وَقَدْ اسْقَطَهُمْ هَبَ إِنْ أَبَاهُمْ كَانَ حِمَارًا فَمَا زَادَهُمْ ذَلِكَ إِلَّا قَرَابًا فَشَرَكُوا

والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ، ولانهم تساوا في سبب الاستحقاق في تساوون فيه فان الاخ والجد يدلان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فان الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فانفرد منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة . ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرد منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي . واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلاولى عصبه ذكر » والجد أولى من الاخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فانه له قرابة ايلاد وبعضية كلاب وأما الحكم فان الفروض اذا ازدحمت سقط الاخ دونه ولا يسقطه أحد الا الاب، والاخوة والاخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كلاب وهم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الام، وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبه وكذلك ولد الابوين في المشتركة عند الأكثرين، ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقتله ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته وينعم من دنع زكاته اليه كلاب سواء. فدل ذلك على قوته، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن

بينهم ، وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى ، وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث، ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكركم وأنثاءم وقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبه لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لاختص الواحد من ولد الام بالثلث والمائة السدس الباقي لكل واحد منهم عشر عشره فاذا جاز أن ينقص ولد ابوين عن ولد الام هذا النقص كله فلم لايجرز اسقاطهم بالانثيين ، وقولهم تساوا في قرابة الام قلنا فلم يساوهم في الميراث في هذه المسئلة وعلى انا نقول ان ساوهم في قرابة الأم فقد

وبكون لأجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الإناث أو نقول هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الأب مع الجد لأنهم كلاله والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الأب كالأب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله (كما أمها على أبويك من قبل إبراهيم وإسحاق) وقال النبي ﷺ «ارحموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بني النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننفي من أبنائنا» وقال الشاعر

إنا بني نهمش لا ندعي لأب عنه ولا هو بالأبناء بشر بنا

فوجب أن يحجب الاخت كالأب الحقيقي، يحقق هذا أن ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب كذلك أبو الأب يقوم مقام ابنة ولذلك قال ابن عباس لا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أبا الأب أبا، ولأن بينهما إيلاداً وبعضية جزئية وهو يساري الأب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب بحقه أن أبا الأب وإن علا يسقط بني الاخت ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدلياً به والله أعلم ولا تفريع على هذا القول لوضوحه

فارقهم بكونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي ائتمروا فيه هو المفتي لتقديم ولد الأم وتأخير ولد الابن فإن الشرع ورد بتقديم ذي الفرض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الابن في المسئلة المذكورة وشبهها وهلا إذ تساروا في قرابة الأم شاركوا الاخ من الأم في سدسه فافترضوا بينهم ولأنه لو كانت قرابة الأم مستقلة بالميراث مع قرابة الأب لوجب أن يجتمع لهم الفرض والتعصيب كقولنا في أخ من أم هو ابن عم ولوجب أن يشاركوا ولد الأم في الثالث في كل موضع وينفردوا بالتعصيب فيما بقي، ولا خلاف في أنهم لا يشاركونهم في غير هذا الموضع، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت لابن وأخت لأب هما أخوها إنه يسقط الاخ وترث أخته السدس لأن قربتها مع وجوده كقربتها مع عدمه وهو لا يحجبها فهلا عدوه حارماً وورثوا أخته ما كانت ترث عند عدمه؟ وما ذكره من القياس طردي لا معني تحت، قال الصبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة ملبحة وعبرة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فانه وضع للشرع بالرأي والتحكم من غير دليل ولا يجوز الحكم به مع عدم المعارض فكيف وهو في مستثنائنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ قال شيخنا ومن العجب ذهب الشافعي إليه ههنا مع تخطئة الداهيين إليه في غير هذا الموضع، وقوله من استحسن فقد شرع ولا أظنه اعتمد في هذا إلا لموافقة زيد بن ثابت فانه اتبعه في جميع الفرائض وموافقة كتاب الله تعالى وسنة رسوله أولى

(فصل) اختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فان كانت أخت لأبوين وأخوة لأب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي الا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له ، فان كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد إلى السدس ، فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد ، ومنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي عليه السلام وقاسم به الاخوة إلى الثالث فان كان معهم أصحاب فرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأخط من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جهيم المال ، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به ، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة بن النعمان وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلمة وشرح ، وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره الحرقى وسنشرحه إن شاء الله ، واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين في هذه المسئلة عصبية من ولد الاب سقطوا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لانهم لم يشاركوا ولد الام في قرابة الام

(فصل) وتسمى هذه المسئلة المشتركة والحارية إذا كان فيها إخوة لأبوين وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة وابنان فصاعداً من ولد الام وعصبية من ولد الابوين وإنما سميت المشتركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين وولد الام في فرض ولد الام فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حاراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم وقيل قال ذلك بعض الصحابة فسميت الحارية لذلك والله أعلم

(فصل) إذا قيل امرأة خلفت اما وابني عم أحدهما زوج الآخر أخ لأم وثلاثة إخوة مقترقين قيل هذه المشتركة ، فالزوج النصف والام السدس وللأخوين من الام الثلث وسقط الأخوان من الابوين أو الاب ، ومن شرك جعل للاخ من الابوين القسم والكل واحد من الآخرين للام تسهما

ومن مسائل ذلك زوج وأم واختان لأم وأخ لابوين تصح من ستة ومن شرك فهي من ثمانية عشر : زوج وجدة وأخ وأخت لأم وأخ وأخت لابوين كالني قبلها ، ومن شرك فمن اثني عشر زوج وأم وأخوات وأختان لأم وأخوات لابوين وأم من اثني عشر ومن شرك فمن أربعة وخمسين

(مسألة) (ولو كان مكنهم أخوات لابوين أو لأب عمات إلى عشرة وسميت ذات الفروخ)

(مسئلة) قال ابو القاسم (ومذهب ابى عبد الله رحمه الله في الجد قول زيد بن ثابت رضى الله عنه واذا كان اخوة واخوات وجد قاسم الجد بمنزلة اخ حتى يكون الثلث خيراً فاذا كان الثلث خيراً له اعطي ثلث جميع المال)

وجملة ذلك ان مذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب انه يعطيه الا حظ من شيتين اما المقاسمة كأنه أخ واما ثلث جميع المال. فعلى هذا ان كان الاخوة اثنتين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فاعطه ما شئت منها وان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لا غير وان زادوا فالثلث خير له فاعطه إياه وسواء كانوا من أب أو من ابوين، وان اجتمع ولد الابوين وولد الاب فان ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختاً واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم ما فضل فهو لهم ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس لان أدنى ما لجد الثلث وللأخت النصف والباقي بينهما هو السدس

يعني إذا كان مع الزوج والام والاخوة من الام أخوات أو أختين لابوين أو لأب عالت الى عشرة لان أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم والاخوة الأم الثلث سهمان والاخوات الثلثان أربعة فتصير عشرة وسميت ذات الفروخ لانها عالت بثانيها وهي أكثر ماتعول اليه الفرائض شبيهت الاربعة الزائدة بالفروخ والسته بالأم وتسمى الشريحية لان رجلاً أتى شريحاً وهو قاض بالبصرة فقال له ما نصيب الزوج من زوجته؟ فقال النصف مع غير الولد والربع مع الولد فقال ان امرأتي ماتت وخافتي وأما وأختيها لا ما وأختيها لا يها وأما فقال لك اذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أر كفاضيكم قالت له ما نصيب الزوج؟ قال النصف أو الربع فلما شرحت له قضيتي لم يعطيني ذلك ولا هذا فكان شريح يقول إذا لقيه انك تراني حاكماً ظالماً وأراك فاسقاً فاجراً لانك تكتم القصة وتشيع الفاحشة

(فصل) ومعني العول ازدحام الفرائض بحيث لا يتسع لها المال كهذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص اضيق ماله عن وقائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز، وهذا قول عامة الصحابة ومن معهم من العلماء يروى ذلك عن عمر وعني والعباس وابن مسعود وزيد وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وأصحابه ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا أن ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها فنقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي

(مسئلة) قال (فان كان مع الجد والاخت والاختات أصحاب فرائض اعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطي المقاسمة ، وان كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطي ثلث ما بقي ، فان كان سدس جميع المال أحظاه من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال

أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلا أنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فم غيرهم أولى ، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأن له اثلاث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال ، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها . فعلى هذا متى زاد الاخت عن اثنين أو من يمد لهم من الاناث فلاحظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلاحظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلاحظ له في

ابن الحسين وعطاء وداود فأنهم قالوا لا تعمل المسائل فروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم من شاء بأهله أن المسائل لا تعمل ان الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يعمل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فابن موضع الثالث؟ فسميت هذه مسائل المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس رضي الله عنه أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم فاخذ به عمر واتبه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال رضي الى عبد الله بن عباس فتحدثت عنده فأتيته فتحدثنا عنده فكان من حديثه ان قال سبحانه الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يعمل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ذهباً بالمال فابن موضع الثلث وثم والله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة أبداً ، فقال زفر فمن الذي قدمه ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض الى ما بقي فذلك الذي أخره الله ، فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب قتلت الا أشرت عليه فقال هبته وكان امرأ مهيباً . قوله من أهبطه الله من فريضة الى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض الى ما بقي يريد البنات والاختات فأنهن يفرض لهن فاذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالنصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض اذا ازدحت رد النقص على البنات والاختات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحمت وجب أن يقتسموا على قدر

ثلث ما بقي، وإن قصصت عن النصف فلاحظ. لا في السدس وإن كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي وإن كان الأخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولا ينقص الجدل أبداً من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام) هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة أخوة وجد فكتب إليه أجمل الجدل سابعهم وامح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجدل ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا أن الجدل لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الأخوة فأنهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الأخوة أولى، ولأن النبي ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وأما قوله أو تسميته إذا زادت السهام فانه يعني إذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس. ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد له السدس ونعطيهم سهمين من خمسة عشر سهماً وهما ثلثا الخمس. ومتى أفضت المسئلة إلى العول سقطت الأخوة والأخوات إلا في الكدربة ولا ينقص الجدل عن السدس الكامل في مسئلة يرث فيها أحد من الأخوة والأخوات

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كان أخ لاب وام وأخ لاب وجد قاسم الجدل الأخ للاب والام)

الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للاختين للام الثلث فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأي والتحكم، ولا يمكن الوقاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون ويلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم وأخوان من أم فأن حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الأخوة وإن نقص الأخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض الى ما بقي وإن أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء العصر في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس لأصحابه في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (إحداها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال منها (الثالثة) لا يحجب الام إلا بثلاثة أخوة (الرابعة) لم يجعل الأخوات مع البنات عصبية (الخامسة) لم يجعل المسائل فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها واشتهر القول عنه بها وشذت عنه روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى.

والاخ للاب على ثلاثة اسهم، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد اخيه لا ييه فاخذه)

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ففي هذه المسئلة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الاخ للابوين ما حصل لآخيه من أبيه، وإن شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين وإن زاد عدد الاخوة على اثنين أو من بعدهما من الاخوات فافرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين. هذا مذهب زيد وأما علي وابن مـهود فأنهما يقامان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتدان به لانه محجوب بولد الابوين فلا يعتد به كولد الام وقسما هذه المسئلة بين الجد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب

ولما أن الجد والد فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولان ولد الاب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام، ويفارق ولد الام لان الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الاب فان الجد لا يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبتهم غيره كما يحجبون

﴿باب أصول المسائل﴾

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها

﴿مسئلة﴾ (الفروض ستة ذكرها الله تعالى في كتابه وهي نوعان النصف والرابع والثلثان والثلث والسادس)

والثلثان والثلث والسادس)

ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلاثين مخرجها واحد وهي تخرج من سبعة أصول أربعة لا تعول وثلاثة تعول لان كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وإن اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أهلها لان مخرج الكثير داخل في مخرج الصغير فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الاثنين من ثلاثة والرابع وحده أو مع النصف من أربعة والثلث وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لا تعول لان العول فرع ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك ههنا، وأما التي تعول فهي التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين فإذا اجتمع مع النصف السدس أو الثلث أو الثلثان فأصلها من ستة لان مخرج النصف من اثنين ومخرج الثلث من ثلاثة إذا ضربت أحدهما في الآخر كانت ستة وذلك أصل المسئلة وهي مخرج السدس، ويدخل العول في هذا الأصل فتعول الى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة وهوا أكثرها عولا. والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة.

الام وان كانوا محجوبين بالاب . وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصياً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئاً كما لو انفردا عن الجدة فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبته وأخذ ميراثه ، فان قيل : فالجدة محجبة ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخوة محجوبون الام وان لم يأخذوا ميراثها . قلنا الجدة وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والمصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه ، وقد منات هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي إذا أوصى لرجل ثلث ماله ولا آخر بمائة ولا آخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء .

(فصل) أخ لابوين وأختان لاب وجد : فجدة الثلث والباقي للاخ وفي قول علي وابن مسعود المال بينه وبين الجدة نصفين . أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجدة الثلث والباقي بين ولد الابوين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وفي قول علي وابن مسعود المال بين ولد الابوين والجدة على خمسة : أخ لابوين وأخت لاب وجد المال بينهم على خمسة : فجدة سـهمان والباقي للاخ ، وعندهما المال بينهما نصفين

(فصل) أخوان لابوين وأخت لاب وجد ، فجدة الثلث والباقي للاخوين لابوين عند الجميع ،

وأشئلة ذلك زوج وام وأخت لأم أصلها من ستة ومنها تصح : زوج وام وأخوان من أم : بنت وأم عم ، ثلاث أخوات مفترقات وعصبة ، أبوان وابناتان ، العول زوج وأختان لابوين أولاب أو أحدهما من ابوين والآخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم ، أصلها من ستة وتعول الى سبعة : زوج وأخت وجدة أو أخ لام : ست أخوات مفترقات وأم : عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث تعول الى ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً . عول تسعة زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء ، وكذلك زوج وأم وثلاث أخوات مفترقات . عول عشرة زوج وام وست أخوات مفترقات للزوج النصف وللأم السدس وللأختين الام الثلث وللأختين للابوين الثلثان وسقطت الاختتان للاب ومتى عالت المسئلة الى تسعة أو عشرة لم يكن الميت الامراة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ، وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من اصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام قاله تنتهي

(مسئلة) قال (وان اجتمع مع الربع أحد الثلاثة فهي من اثني عشر وتعول على الافراد الى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

إنما كان اصل هذه المسئلة من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا موافقة

وإن كان ولد الابوين ثلاثة فلاجد الثالث أيضا عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لانهما يقاسمان به إلى السدس، أخ واخت من أبوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فلاجد الثالث وعندهما لاجد الحسن واللاخ للابوين الحسن واللاخت الخمس

(مسئلة) قال (وإذا كان اخ واخت لاب وام اولاب وجد كان المال بين الجدة والاخ والاخت على خمسة اسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة ههنا خير للجد من الثالث لانه يحصل له بها خمسة المال وذلك خير له من الثالث وكذلك كلما نقص الاخوة عن اثنين أو من بعدهم من الثالث كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها الا المقاسمة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله إذا كانوا عصبية فأما ان كن أخوات من نذرات فان عايا وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقي

(مسئلة) قال (وإذا كانت اخت لاب وام واخت لاب وجد كانت الفريضة للجد والاختين على اربعة اسهم للجد سهمان والاخت سهم ثم رجعت الاخت للام والاب فاخذت مما في يد اختها لتستكمل النصف

بن المخرجين فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة بلا نضاف فاذا ضربت وفق أحدهما في الآخر كان اثني عشر ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما

وأمثلة ذلك زوج وابوان وخمس بنين، للزوج الربع والثلاثة وللأبوين السدسان اربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم، زوج وابنتان وأخت أو عصبية امرأة وأختان لابوين أو لاب أو اختان لام وعصبية امرأة واخوان لام وسبعة إخوة لاب العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات، زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر، امرأة واختان من أب واختان من أم، امرأة وام وأختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب أو لابوين تعول إلى سبعة عشر ويحصل لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الارامل ويعاينها فيقال سبعة عشر امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة منهن سهم وهي هذه ولا يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذه ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبية ولا عول ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو

المقاسمة ههنا أحظ للجد وتعتد الاخت للأبوين على الجد باختها من أبيها فيصير له النصف ولها النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الاخت من الأبوين ما بقي في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا يبقى لها شيء. وتصير كما لو كان معها ابنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فإن الاخت من الأبوين تأخذه جميعه فلا يبقى للاخت من الأب شيء.

(فصل) فإن كان مع الاخت من الأبوين أختان من أب كان المال بينهما وبين الجد على خمسة أسهم، للجد اثنين ولهن ثلاثة ثم تأخذ الاخت من الأبوين من أختها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لها نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللأخت للأبوين عشرة ولكل واحدة من أختها سهم فإن كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الأخوات من الأب وان كثرن، وان كان من والد الأبوين أختان أو أكثر فليس للأخوات من الأب شيء. وان كثرن لان فرض الأختين اثنتان والجد لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء. ولان الأخوات من الأبوين يسقطن الأخوات من الأب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسئلة اختلاف، فأما مسئلة الحرقى فإن عليا وعبد الله يفرضان للاخت من الأبوين النصف والاخت من الأب السدس والباقي للجد وكذلك ان كان معها أختان أو أخوات من أب

الربم فانه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها ازواج فالنصف ستة واثلاث أربعة والثلثان ثمانية والسدس اثنان ومتى طالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

(مسئلة) (وان اجتمع مع الثمن سدس أو ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول إلى أكثر منها إنما كان اصحابها من أربعة وعشرين لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثنتين أو في وفق مخرج السدس فتكون أربعة وعشرين ولم يذكر الثلث مع الثمن لانه لا يجتمع معه لان الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون إلا لولد الام والولد يسقطهم او للام بشرط عدم الولد

(مسائل ذاك) (امراة وابوان وبنت أو بنون وبنات امرأة وابنتان وام وعصبة ثلاث نسوة واربع جدات وست عشرة بنتا واخت امرأة وبنت وبنت ابن وجدة وعم العول امرأة وابوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها اقل الاصول عولا لم تعول إلا بشئها وتسمى المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته يعني ان المرأة كانت لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت في هذا الاصل إلا رجلا

(فصل) ولا يمكن ان يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فانه يحجب

(مسئلة) قال (فان كان مع التي من قبل الاب اخوها كان المال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الاب والام على الاخ والاخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً للجد ستة أسهم وللأخت من الاب والام تسعة أسهم وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة ههنا والثلث سواء فان قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم بكل الأخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح فتضرب ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر كما قال الحرقى وان زاد ولد الاب على هذا لم يزدوا على السدس شيئاً لان الجد لا ينقص عن الثلث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس

(مسئلة الاكدرية) قال (واذا كان زوج وام واخت وجد فللزوجة النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً للزوج تسعة أسهم والام ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة وتسمى هذه المسئلة الاكدرية ولا يفرض للجد مع الاخوات في غير هذه المسئلة

الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه فعلى قوله اذا كانت امرأة وام وست اخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلاثان والسلام والمرأة السدس والتمن سبعة فتصوّل الى احد وثلاثين .

(والمسائل) (على ثلاثة اضرب عادلة وعائلة ورد، ذكرنا العادلة وهي التي يستوي مالها وفروضا والعائلة هي التي تزيد فروضا عن مالها والرد هي التي يفضل مالها عن فروضا ولا عصبه فيها وهي التي نذكرها في هذا الفصل .

(فصل في الرد) اذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبه رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا الزوج والزوجة .

وجملة ذلك أن الميت اذا لم يخاف وارثاً الا ذوي فروض كالبنات والاخوات والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة يروى ذلك عن عمرو بن وائل عن مسعود رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم في الامصار الا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم وروى

قيل انما سميت هذه المسئلة الاكدرية لتكديرها لاصول زيد في الجدة فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجدة وفرض للاخت معه ولا يفرض للاخت مع جد وجمع سهامه وسهامها قسمها بينهما ولا نظير لذلك . وقيل سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه . واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق وموافقيه إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للجدة

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللأم السدس وللجد السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس كي لا يفضلوها على الجدة . وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وعولاهما الى تسعة ولم يحجبها الأم عن الثلث لان الله تعالى انما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والسدس للجدة وأما زيد فانه ضم نصفها الى سدس الجدة فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وإنما جعل زيد على إعالة المسئلة ههنا لانه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها ، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب انه قال ، ما قال ذلك زيد وإنما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا ، فان قيل فالأخت مع الجدة عصبه والعصبه تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجدة وليس بعصبه مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبه في نفسه ولو

ابن منصور عن أحمد أنه كان لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذي سهم والقول الاول أظهر في المذهب وأصح وبه قال عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً وأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم الا أنه يروي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبه أو ذا رحم فأعطاه لذلك وأعطاء من بيت المال لا على سبيل الرد وسبب ذلك إن شاء الله تعالى أن أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في قوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي لان الله تعالى قال في الأخت فلها نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها السكل ولانها ذات فرض مسمى فلا تزداد عليه كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذوو الرحم أحق من الاجانب عملاً بالنص وقال النبي ﷺ «من ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا فالي - وفي لفظ - من ترك ديناً فالي ومن ترك مالا فللوارث» متفق عليه وهذا عام في جميع المال وروي واثلة ابن الاسقع أن النبي ﷺ قال «تحوز المرأة ثلاث موارث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه رواه ابن ماجة فجعل لها ميراث ولدها المتني باللعان خرج من

كان مع الأخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الأم إلى السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم نهل المسئلة وأصل المسئلة في الأكدية ستة وعالت إلى تسعة وسهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والأخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعاها بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت أنثى فلها تسم المال وثلث تسعة وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت أنثى فلي تسعاه وان ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين فان كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين وان كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات هجبا إلى الأم إلى السدس وقدموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فان

ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورثته بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا بويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد) لا ينبغي أن يكون للآب السدس وما فضل عن البنت بحجة التعصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالقرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام.

(مسئلة) (فان كان المردود عليه واحداً أخذ المال كله بالفرض والرد كأماً أو جدة أو بنت أو أخت وان كانوا جماعة من جنس واحد كبنات أو أخوات أو جدات اقتسموه كالعصبة من البنين والاخوة وسائر العصبات فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الرد

(مسئلة) (وان اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة فاجعله أصل مسلتهم، إنما كان كذلك لان الفروض كلها تخرج من أصل الستة إلا الربع والثلث وليسا لغير الزوجين وليسا من أهل الرد وينحصر ذلك في أربعة أصول (أحدها) أصل اثنين كجدة وأخ من أم للجدة السدس وللأخ السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال أصل ثلاثة أم وأخ من أم، أم وأخوان لام للام السدس وللأخوين الثلث بينهما

زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فان لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ منه تصح فان كانوا من الجهتين لم يبق لولد الاب شي. واستثني ثلثه ولد الابوين دونهم (فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كاتي قبلها في فروعها الا في أن للجددة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد. ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والام واحداً، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهران وللأخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر، وان كان مكلهما أخ صححت من ثمانية فان كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقين فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

(مسئله) قل (واذا كانت ام وأخت وجد فالام الثلث وما بقي فيبين الجد و الاخت على ثلاثة أسهم للجد سهران وللأخت سهم

وهذه المسئلة تسمى الخرقاء، انما سميت خرقاء، لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكانت الاقوال خرقاء

(أصل) أربعة أخت لابوين وأخت لاب أو لام واخ، لام او جدة بنت وأم او جدة بنت وبنت ابن (أصل) خمسة ثلاث اخوات مفترقات للأخت للابوين النصف ولكل واحدة من الآخريتين السدس، أم وأخت لابوين أو لاب، أم وأخت لابوين وأخت لاب أو لام بنتان وجدة لا يزيد على هذا أبداً لأنها لو زادت سدساً آخر لكل المال ولم يبق منه شيء يرد

(مسئله) (فان انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لانه اصل مسئلتهم وانما كان عدد سهامهم اصل مسئلتهم كما صارت السهام في المول هي المسئلة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في اصل اثنين اربع جدات واخ من ام للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في اصل المسئلة تكن ثمانية للاخ من الام أربعة ولكل واحدة من الجدات سهم

(أصل) ثلاثة ام وثلاثة اخوة من ام للاخوة سهران لا تصح عليها اضرب عددهم في اصل

المسئلة تصير تسعة ومنها تصح

(أصل) أربعة أخت لابوين واربع اخوات لاب تضرب عددهن في اصل المسئلة وهو أربعة

تكن ستة عشر ومنها تصح .

(أصل) خمسة ام وأخت لابوين واربع اخوات لاب لهن سهم لا يصح عليهن تضرب عددهن

في خمسة تكن عشرين ومنها تصح وسنذكره في باب تصحيح المسائل مفصلاً

قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه الام ثلث والباقي للجد ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بن الاخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي للاخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس : وعن عمر وعبد الله للاخت النصف والام ثلث ما بقي وما بقي فلاجد ، وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهي مثل القول الاول في المعنى ، وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الجد والام نصفين فتكون من أربعة وهي إحدى مبررات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثلية عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال والمسبعة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة . وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس

(فصل) أم أوجدة وأختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة ، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء . فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي ، وانتقلت المسئلة إلى ثمانية عشر الام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح المسئلة عليهم فان كان الاخوة والاخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابوين إلا أن يكون واحد الابوين أخاً واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لابوين وأخ وأخت لاب وجد الام السدس وللجد ثلث الباقي ينتقل

(مسألة) (فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي على مسألة الرد وهي فريضة اهل الرد وهو ينقسم اذا كانت زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة كامرأة وام وأخ لام أو أم وأخوين لأم فللمرأة الربع سهم من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة وتصح المسئلان من أربعة ، فان انكسر على عدد منهم كاربعة زوجات وأم وأخ لام ، ضربت أربعة في مسألة الزوجة تكن ستة عشر ومنها تصح فان لم تنقسم فاصل مسألة الزوج على مسألة الرد لم يمكن أن يوافقها لانه إن كانت مسألة الزوج من اثنين فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً وإن كانت من أربعة فالباقي بعد ميراثه ثلاثة ومن ضرورة كون للزوج الربع أن يكون الميثة ولد ، ولا يمكن أن تكون مسألة الرد مع الولد من ثلاثة وإن كان الزوج امرأة فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عدداً أقل منها ولا يمكن أن تكون مسألة الرد سبعة أبداً لان مسألة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، إذا ثبت هذا فاضرب فريضة اهل الرد في فريضة أحد الزوجين فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فإذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسئلته مضروب في القاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته أو وافته فيها انتقلت اليه المسئلة وتصحح على ما نذكره في باب التصحيح وينحصر ذلك في خمسة أصول .

(أحدها) : زوج وجدة وأخ لام للزوج النصف أصلها من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة

الى ثمانية عشر فللام ثلاثة وللجد خمسة والاخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لانه لو قسم بالجد لا تنقل إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار الى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة، أم وأخت لابوين واخوان وأخت لاب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل الى ثمانية عشر ويفضل لولد الاب سهم على خمسة تضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد، وفي هذا الفصل كله الجدة كلام لان لكل واحدة منهما السدس

« مسألة » قال (وإذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والاخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم)

انما كان كذلك لان المقاسمة ههنا أحظ للجد ، وقال علي رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت ، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتهصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها أخ ، فأما علي فبنى على أصله في أن الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبية وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي

الرد وهي اثنان أيضاً فاضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الأصل إلا على حيز واحد وهو الجدات

(الأصل الثاني) : زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضاً .

(الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن ، مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لأب ، أو أخت لأم ، أو جدة ، أو جدات ، ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة ، مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين .

(الاصل الخامس) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، أو ابنتان وأم ، أصلها من ثمانية ثم تنتقل إلى أربعين وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم ضربته فيما انتقلت اليه المسئلة . ومثال ذلك أربع زوجات واحدي وعشرون بنتاً واربع عشر جدة ، مسألة الزوجات من ثمانية ، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين للزوجات فريضة اهل الرد خمسة لاتصح عليهن ولا توافق يبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على اربع عشرة توافق بالاسباع فرجمن إلى اثنين ويبقى

ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ منها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت وهذه إحدى مبرعات ابن مسعود

(فصل) بنت وأخ وجد الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين وإن كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة، وإن كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي والسادس والمقاسمة فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السادس والباقي لهم فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب شيء. ويأخذ ولد الابن جميع الباقي بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة ونصف من ثمانية فإن كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فإن كن أكثر من أربع فله السادس أو ثلث الباقي والباقي لمن

(فصل) بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد البنتين اثنتان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة ونصف من تسعة وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما على اثنين ونصف من ستة وإن كان مكانه أختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسألتين السادس والمقاسمة فإن زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت لجد السادس وكان الباقي لهم فإن كان معهم أم أو جدة فالجد السادس ولا شيء للاخوة والأخوات.

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت

لبنات ثمانية وعشرون توافق بالاسباع أيضاً فيرجع إلى ثلاث والابنتان يدخلن في عدد الزوجات فتضرب ثلاثة في أربعة تكون اثني عشر ثم في أربعين تكون أربعين ومائتين.

(فصل) ومتى كان مع أحد الزوجين واحد منفرد بمن يرد عليه فانه يأخذ الفاضل عن الزوج ولا تنتقل المسئلة كزوجة وبنت للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد وإن كان معه فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كالعصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الزوج والله أعلم

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء فيجزيك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح ثم يصير لكل واحد من الفريق وفق ما كان لجماعتهم، فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم. مثله زوج وأم وثلاثة أخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السادس سهم يبقى للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو

النصف ولجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما
لها الثلثان وتحول الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ وأخت أو ثلاث
أخوات قاسمهم الجدة وان كان اخوان أو من بعدهما استوى السدس وثلث الباقي والمقاسمة فان
زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وان كان زوج وبنت وأخت وجد فلزوج الربع وللبنت النصف والباقي
بينهما على ثلاثة ويستوى السدس ههنا والمقاسمة فان زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس
والباقي لهم وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقعات الاخوة والاخوات
وفرضت للجد السدس وعالت المسئلة الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان
مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين
وان زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم
وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت للجد السدس ويبقى
للاخوة والاخوات سهم من أربعة وعشرين

(باب ذوي الارحام)

وهم الاقارب الذين لا فرض لهم ولا نصيب وهم أحد عشر حيزاً ولد البنات وولد الاخوات
وبنات الاخوة وولد الاخوة من الام والعمات من جميع الجهات والعم من الام والاخوال والحالات

ثلاثة في أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر سهماً للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم سهم في ثلاثة
ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان وهو ما كان لجماعتهم فان كان الاخوة أربعة
فان سهامهم توافقهم بالنصف فتضرب نصفهم وهو اثنان في المسئلة تكن اثني عشر فإذا أردت القسمة
ضربت سهام كل وارث في وفق عددهم وهو اثنان

﴿مسئلة﴾ (وان انكسر على فريقين أو أكثر لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يكونا
متماثلين كثلاثة وثلاثة فيجزيك ضرب أحدهما في المسئلة وطريق قسمتها مثل طريق القسمة فيما إذا
كان الكسر على فريق واحد سواء .

مثاله ثلاثة أخوة لام وثلاثة لاب لولد الام الثلث والباقي لولد الاب أصلاً من ثلاثة لولد الام سهم
على ثلاثة لا ينقسم ولولد الاب اثنان على ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق فتضرب أحد العددين وهو ثلاثة
في أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم في ثلاثة بثلاثة لكل واحد سهم ولولد الاب اثنان في ثلاثة
ستة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فرجع
عددهم إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددين متناسبين وهو أن ينسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه
أو ثلثه أو نحو ذلك فيجزيك ضرب الأكثر منها في المسئلة وعولها .

وبنات الاعمام والجد ابو الام وكل جدة أدلت باب بين أمين او باب أهل من الجد فمؤلاً. ومن أدلى بهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبه ولا أحد من الوراثة الا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطارس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وابو ثور ودارد وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والحالة فأُنزل عليه ان لا ميراث لما رواه سعيد في سننه لان العمة وابنة الاخ لا ترثان مع أخيهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان الموارث انما تثبت نصاً ولا نص في مؤلاً.

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالخاف وكان الرجل يقول للرجل دمي

مثاله جدتان وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس والاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فاجتزأ بالاكثر وهو أربعة واضربه في أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة وللأخوة خمسة في أربعة وعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقهم سهامهم بالاخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل على ما ذكرنا (القسم الثالث) : أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه فتضرب أحدهما في جميع الآخر فما بلغ فهو جزء السهم فاضربه في المسئلة فما بلغ فنه تصح ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في جزء السهم.

مثاله أم وثلاثة اخوة لام وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولد الاب ثلاثة لا توافقه والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم في أصل المسئلة تكن اثنين وسبعين ومنها تصح الام سهم في اثني عشر ولولد الام سهمان في اثني عشر أربعة وعشرون لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون لكل واحد تسعة إن وافق احد العددين سهامه دون الآخر اخذت وفق الموافق وضربه فيما لم يوافق وعمت على ما ذكرنا. وان وافقاً جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعمت في الوفقين عملك بالعددين الاصلين

(فصل) فان أردت أن تعرف ما لاحدكم قبل التصحيح فاضرب سهام فريقه في الفريق الآخر فما خرج فهو له فاذا أردت أن تعلم مال كل واحد من ولد الام لفريقه من أصل المسئلة سهمان اضربهما في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية فهي لكل واحد من ولد الام وللفريق ولد الاب ثلاثة اضربها في عدد ولد الام تكن تسعة فهي لكل واحد منهم.

دمك ومالي مالك تنصرتني وأنصرك وترثني وأرثك فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصابهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالاسلام والمهجرة فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأرثوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خلا فكتب فيه ابو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر اني سمعت رسول الله ﷺ يقول «الحال وارث من لا وارث له» قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي ﷺ انه قال «الحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه» أخرجه أبو داود وفي لفظ «مولى من لا مولى له يعقل عنه ويترك عانيه» فان قيل المراد به ان من ليس له الا خال فلا وارث له كما يقال الجوع زاد من لازاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر حيلة من لا حيلة له أو انه أراد بالحال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة (أحدها) انه قال يرث ماله وفي لفظ قال يرثه (والثاني) ان الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابا لابي عبيدة حين سأله عن ميراث الحال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(الثالث) انه سماه وارثا والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للمنفى قلنا والاثبات كقولهم يا محمد من لا عماد له يأسند من لا سند له يا ذخر من لا ذخر له

(القسم الرابع) أن يكون العدنان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الاجزاء فما بلغ ضربته في المسئلة . ومثال ذلك زوج وست جدات وتسعة اخوة فينفقان بالثلث فتزد الجدات الى ثلثين اثنين وتضربها في عدد الاخوة تسكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تسكن مائة وثمانية ومنها تصح (فصل) فان كان الكسر على ثلاثة احياء نظرت فان كانت مماثلة كثلثات جدات وثلث بنات وثلثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ منه تصح المسئلة ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعهم وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسئلة تسكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسئلة تسكن مائة وثمانين وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الاجزاء فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث فما بلغ ضربته في أصل المسئلة ومنها تصح وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في الثالث أو في وفقه ان وافق فما بلغ ضربته في المسئلة وإن تقاسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقا

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسم بن حبان قال توفي ثابت بن الدحداحة ولم يبدع وارثا ولا عصبه فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الاموال الا أنه قال : ولم يخلف الا ابنة اخ له فقضى النبي ﷺ ميراثه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لأنه سارى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فأشبه ذوي الفروض والمصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل انه لا ميراث لها مع ذوي الفروض والمصبات ولذلك سمي الحال وارث من لا وارث له أي لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم لا يرثان مع اخونها قلنا لانها أقوى منهما ، وقولهم ان الميراث إنما ثبت نصا قلنا قد ذكرنا نصوصا ثم التعليل واجب بها أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار إلى التعبد المحض

(مسئلة) قال (ويورث ذووا الارحام فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الحال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الاب وعن أبي عبد الله

ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وباينها الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث وإن تباين اثنان ووافقه الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات اجزاك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا رددت وقف أحدهما لم تقف الا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى اثنين لدخلا في الاربعة وأجزاءك ضرب الاربعة في التسعة ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاءك ضرب الاربعة في التسعة فأما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (أحدهما) ما ذكرنا من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردها الى وقفها ثم تنظر في الوقفين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف وإن كانا متماثلين ضربت أكثرهما وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف وان كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربه في المسئلة

ومثال ذلك عشر جدات واثنان عشر عما وخمس عشرة بنتا فقف العشرة توافقه الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة ووافقه الخمس عشرة بالاخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وان وقفت الاثني عشر رجعت العشرة إلى نصفها وخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب الخمسة في الاثني عشر ستين وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنان عشر إلى اربعة ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة ثم في المسئلة

رحمه الله رواية اخرى انه جعلها بمنزلة العم وبنت الاخ بمنزلة الاخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان همدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحامد ونعيم وشريك وابن أبي ابيلى والثوري . وسائر من ورثهم غير أهل القرابة

وقد روي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما انهما نزلا بنت البنت بمنزلة البنت وبنت الاخ بمنزلة الاخ وبنت الاخت بمنزلة الاخت والعمة بمنزلة الاب والخالدة بمنزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالدة وعن علي أيضاً انه نزل العمة بمنزلة العم وروي ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه، وعن الثوري وأبي عبيد انهما نزلاها بمنزلة الجد مع ولد الاخوة والاخت ونزلها آخرون بمنزلة الجد، وأما صار هذا الخلاف في العمة لأنها أدات بأربعة جهات وارثات فلا بد والعم أخواها والجد والجددة أبواها، ونزل قوم الخالة جدة لان الجددة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والخالة أما

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة الطريق في ذلك ان تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان بقي به فالعددان متناسبان وان لم يفن ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الاقل فان بقيت منه بقية القيتها من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل الى عدد يفنى الملقى منه غير الواحد فأي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بحزبه تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالثلاث وان كانت أربعة فبالارباع وان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فنحو ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان ومما يدل على تناسب العددين أنك اذا زدت على الاقل مثله أبداً ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بحزبه واحد ولا يكون ذلك الا في المنتصف فما دونه

باب المناسبات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون ورثة الثاني يرونه على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا نصبة لها فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر الى الميت الاول .

لوجوه ثلاثة أحدها (ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم » رواه الامام أحمد (الثاني) أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة (الثالث) أن الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرها كينت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما ولانه إذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توزيعها بينهما ورثتا باقواها كالحوص عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانما نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه فانما أبو حنيفة وأصحابه قاتلهم ورثوهم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت ومن سفلوا ثم ولد أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبدا لا يرث بنوا أب أعلى وهناك بنوا أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وإن على أولى من ولد البنات ويحيى مذهبهم مذهب أهل القرابة .

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يرثه والد أبيه فارادى أن لا يسقطهم والده .

(مسائل) من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها ونصح من ستة فإن كان معهما خالة فبنت البنت النصف وابنت بنت الابن السدس تركة

مثال ذلك أربع بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت أخرى ثم ابن آخر وبقي ابنان وبنت فاقسم المسئلة على خمسة ولا يحتاج الى عمل مسائل وكذلك نقول في أبوين وزوجة وابنين وبنيتين ماتت بنت ثم ماتت الزوجة ثم مات ابن ثم مات الاب ثم الام فقد صارت الموارث كلها بين الابن والبنات الباقيين أثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل وبها اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام فاذا صححت المسئلة نظرت فيها فإن كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسئلة الى ذلك الكسر ورددت سهام كل وارث اليه ليكون أسهل في العمل

مثاله زوجة وابن وبنت ماتت البنت تصح المسئلان من اثنين وسبعين للزوجة بحقها ستة عشر وللابن ستة وخمسون تتفق سهامها بالاثمان فتردها الى ثمانية تسعة للزوجة سهران وللابن سبعة (الحال الثاني) أن يكون ما بعد الميت الاول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً كاخوة خائف كل واحد منهم بنته فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح

مثال ذلك رجل توفي وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسئلة الاولى من أربعة ومسئلة الابن الاول من اثنين ومسئلة الثاني من ثلاثة ومسئلة الثالث من أربعة ومسئلة الرابع من ستة فاجعلها كأعداد أربعة فالاثان تدخل في الاربعة والثلاثة في الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن اثني عشر

الثنين والخالة السدس والباقي لبنت الأخ فإن كان مكان الخالة عمه حجب بنت الأخ وأخذت الباقي لأن العمه كالأب فتنسب من هو بمنزلة الأخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الأخ واسقط العمه ومن نزلها جدها قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصين ومن نزلها جده جعل لها السدس وأبنت الأخ الباقي وفي قول أهل القرابة أنه لا يرث بنت الأخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً (فصل) إذا انفرد أحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم وإن كانوا جماعة لم يخل أما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة فإن أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه فإن أسقط بعضهم بعضاً كاب الأم والأخوال فأسقط الأخوال لأن الأب يسقط الأخوة والأخوات فإن كان بعضهم أقرب من بعض فالمراث لا قربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالمراث للخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلةين إلا أنه حكى من النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الأم خاصة أنهم أماتوا الأم وجعلوا نصيبها لورثتها ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الأرحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الأم لأنها أخت ولأم أبي الأم السدس لأنها جدة والباقي لابن الخال لأنه ابن أخ ولنا أن الميراث من الميت لأم من سببه ولذلك ورثنا أم أم الأم دون ابن عم الأم بهير خلاف

ثم نضربها في المسئلة الأولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من بني الأول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان (الحال الثالث) ما عدا ذلك وهي ثلاثة أقسام (أحدها) أن تقسم سهام الميت الثاني على مسئلة الثاني (الثاني) أن لا ينقسم عليها بل يوافقها (الثالث) لا ينقسم عليها ولا يوافقها فالطريق في ذلك أن تصحح مسئلة الأول ثم انظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسئلته بعد أن تصححها فإن انقسمت صححت المسئلان مما صححت منه الأولى كرجل خلف امرأة وبنات وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبناتاً وعماً فإن لها من المسئلة الأولى أربعة ومسئلتها من أربعة فصحت المسئلان من ثمانية وصار للأخ أربعة من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم

ومن ذلك أم وعم مات العم وخلف بنته وعصبة المسئلة الأولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلان من ثلاثة . ثلاث أخوات مفترقات ماتت الأخت من الأبوين وخلفت ابنتين ومن خلفت تصحح المسئلان من خمسة . بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت وترك ابنتين وعمها فصحت المسئلان من ستة وصار للأخ ثلاثة . زوج وجدة وابنتا ابن من ثلاثة عشر ماتت إحداهما عن أربعة وترك زوجاً وبناتاً وأختها فصحت المسئلان من ثلاثة عشر وصار للأخ خمسة . زوجة وأم وابن مات الأم وترك زوجاً وبناتاً وابن ابن من أربعة وعشرين . زوجة وأم وعم مات العم وترك ثلاث بنين وبناتاً من اثني عشر تصحح المسئلان

أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم أن المال للجد لأنه أقرب ولو كانت الأم الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون أبي أمها، خالة وأم أبي أم وعم أم المال للخالة وعندم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم فإن لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الأم على أربعة فإن لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندم لابن عم الأم. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جمعت المال المدلى بهم كأنهم أحياء فقسمت المال بينهم على ما نوجبه ألف يضة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا فإن سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى وإن كانوا من وجهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه نقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة اثنتان ولا بنت ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئا ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسنا إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطى الخالة الثلث وتعطى بنت ابن العم اثنتان وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح ، وقال ضرار ابن صرد إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث ، وقال سائر المنزليين الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في

(القسم الثاني) أن توافق سهام الميت الثاني مسئلته فالطريق فيها أن تضرب وفق مسئلته في الأولى ثم كل من له شيء من المسئلة الأولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وأمها وهي الزوجة وعماً فإن المسئلة من ثمانية للبنت النصف أربعة ومسئلتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فتضرب ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون فكل من له شيء من ثمانية مضروب في ثلاثة وهو وفق المسئلة الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني وهو سهم ومن ذلك أم وابنان وبنت مات أحد الابنين وخلف من خلف الأولى من ستة لابن منها سهمان وقد خلف جدته وأخاه وأخته فمسئلته من ثمانية عشر توافق سهميه بالنصف فاضرب نصف مسئلته تسعة في الأولى وهي ستة تكن أربعة وخمسين للام من الأولى سهم في تسعة وفق الثانية ولها من الثانية ثلاثة في سهم صار لها اثنا عشر وللإبن الباقي سهمان في تسعة ثمانية عشر ومن الثانية عشرة في سهم صار له ثمانية وعشرون ولاخيه أربعة عشر .

(القسم الثالث) أن لا ينقسم سهام الثاني على مسئلته ولا يوافقها فالطريق فيها أن تضرب المسئلة الثانية في الأولى ثم كل من له شيء من المسئلة الأولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني .

إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت بنت وابن أخ من أم المال الاولى ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب بنت بنت بنت وابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزولين وعند أهل القرابة هو بنت البنت لانها أقرب ابن بنت بنت وابن أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن بنت لا يورث المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول بنت أخ وبنت هم أو بنت عمه المال لبنت الاخ وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهة بنت أم أو بنت عمه لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضاً ابن بنت وابن ابن أخ وبنت أم أو بنت عمه المال لبنت الاخ وهو قول أهل القرابة أيضاً لانها من ولد أبي الميت وابن العم للام من ولد أبي أبيه بنت بنت بنت هم أب هو للاولى عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أم أم المال بينهما على أربعة بنت بنت بنت وأبو أم أم مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله لثاني بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الحالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمه والخالة، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً الابوة والبنوة والامومة لان جعل الامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم بنت العمه كما ذكرنا، وإن جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات بنات الاحام والعمات واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبغهم الى الوارث كان أولى والله أعلم

ومثال ذلك زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات . المسئلة الاولى ، من خمسة عشر، ماتت الاخت من الابوين وخلفت زوجا ومن خلفت فمسئلتها من ثمانية ومهاهما ستة يتفقان بالنصف تضرب لنصف مسئلتها في الاولى تكن ستين ثم ماتت الام وخلفت زوجا وأختاً وبنتها وهي الاخت من الام، مسئلتها من أربعة ولها من المسئلتين أحد عشر سهما لا توافق مسئلتها تضرب مسئلتها في الاوليين تكن مائتين وأربعين ومنها تصح الثلاث .

ومثال الاربعة زوجة وابوان وابنتان ، لم يقسموا حتى مات الاب وخلف أخا لاب وأم ، ومن خلف ثم ماتت الام وخلفت أما وعماً ومن خلفت ثم ماتت إحدى البنيتين وخلفت زوجاً ومن خلفت تصح الاولى من سبعة وعشرين ، والثانية من أربعة وعشرين ، توافق تركة الاب بالارباع ثم ماتت الام عن سبعة وعشرين وخلفت أما وبنتي ابن وعماً فمسئلتها من ستة وتركتهما توافقها بالاثلاث ثم ماتت إحدى البنيتين عن مائة وثلاثين وترك زوجاً وأختاً فمسئلتها من ثمانية وتركتهما توافقها بالانصاف فتصح المسائل الاربع من الف ومائتين وستة وتسعين للزوجة من الاولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون وللبنت الباقية من المسائل الاربع سبعمائة وخمسة عشر ، ولأخي الميت الباقي أربعون ، ولأم الثالثة ستة وثلاثون ، ولعمها كذلك ، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون ، وزوج ، وأم ، وست أخوات

(مسئلة) قال (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة او مولى نعمة فهو احق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسئلة فصول ثلاثة : (أحدها) أن الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فتى خلف الميت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء . لقدي الارحام وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام . وقال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز انها ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى إلا بخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الخال وارث من لا وارث له » ومن مسائل هذا النصل أبو أم وجدة المال للجددة بنت ابن وبنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمه ثلاثة بني إخوة مفترقين لا شيء . لقدي الرحم في جميع ذلك (الفصل الثاني) أن المولى المعتق وعصبانه أحق من ذوي الارحام وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم وقول من لا يرى توريثهم أيضاً . وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلقمة والاسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون ومهران والاول أصح لقوله

مفترقات ، ماتت الام وتركزت أبوها ومن خلفت ، ثم ماتت أخت من أب وأم وتركزت زوجا وجدة ومن خلفت ثم ماتت أخت من أم وخلفت زوجا وجدة ومن خلفت الاولى عشرة والثانية من ستة قصير الاثنان من ستين والثالثة من عشرين وماتت عن ثلاثة عشر لا توافق فتضرب عشرين في ستين تكن ألفاً ومائتين والرابعة من ثمانية وماتت عن مائة وستة وستين توافقها بالانصاف فتضرب أربعة في الف ومائتين تكن أربعة آلاف وثمان مائة.

(باب قسم التركات)

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه . مثل تلك النسبة من التركة ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان المسئلة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فلزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ولكل واحدة من البنيتين مثل ما للابوين كليهما وذلك عشرة وثلثان وإن شئت قسمت التركة على المسئلة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما بلغ فهو نصيبه فإذا قسمت التركة على المسئلة وهنا كان الخارج بالقسم دينارين وثلثين إذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة كان ثمانية دنانير وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الابوين كانت خمسة وثلثاً

عليه السلام « الخال وارث من لا وارث له » والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر فأشبهه العصبية من النسب .

(الفصل الثالث) في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة ، واختلف في كيفية توريثهم مع فروى عن امامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن والواوأي وعامة من ورثهم ، وقال يحيى بن آدم وضرار يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم يفرض للزوج فرضه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فاما يقع الخلاف في مسألة فيها من بدلي بذى فرض ومن بدلي بعصبية فاما ان أدلى جميعهم بذى فرض او عصبية فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت وبنت وبنت أخت او ابن أخت او أولاد أخت او بنت أخ او بنات أخ فالزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين ، وقال يحيى وضرار المسئلة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولن معها سهم فان كان مكان الزوج زوجة فرضت المسئلة من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ،

وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من ابنتين كانت عشرة دنانير وثلاثين ، وإن شئت ضربت نصيب كل وارث في التركة وقسمته على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ففي هذه المسئلة إذا ضربت نصيب الزوج وهو ثلاثة في التركة كان مائة وعشرين إذا قسمتها على المسئلة وهي خمسة عشر خرج بالنسبة ثمانية وإذا ضربت نصيب أحد الابوين في التركة كان ثمانين فإذا قسمتها على المسئلة خرج خمسة وثلاثين وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنين في التركة كانت مائة وستين إذا قسمتها على المسئلة خرج بالقسم عشرة وثلاثين كما ذكرنا

(فصل) فان كانت المسئلة من الاعداد الصم لم يمكن العمل بالطريق الاول لانه لا نسبة فيها فاعمل بالطريقين الآخرين .

مثال ذلك زوج وأم وابنتان ، والتركة خمسون دينارا ، المسئلة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل سهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار، تضرب في ذلك سهام الزوج وهي ثلاثة مجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء وتضرب نصيب الام تكن سبعة وتسعة أجزاء ولكل بنت ضعف ذلك وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين وقسمتها على المسئلة خرج ما قلنا .

(مسألة) وإن شئت في مسائل الناسجات قيمت التركة على المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب

ومنها تصح للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهما ، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة والام سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقي وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح فتضربها في اثنين تكن ثمانية عشر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالاثلاث فردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر المرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخاله سهم ولبنت العم سهمان ، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب اثني عشر في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث أخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث أخوات متفرقات وثلاث عمات متفرقات

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوي الارحام إلا مسئلة واحدة وشبهها وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الام أو الجدة وست بنات ست أخوات متفرقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ

الثاني فقسمته على مسئلته وكذلك الثالث فإن كان بين التركة والمسألة موافقة رددتهما الى وفقهما وقسمت وفق التركة على وفق المسألة واعمل على ما ذكرناه .

مثال زوجة وأم وثلاث أخوات متفرقات ، المسألة من خمسة عشر والتركه عشرون ديناراً ماتت الام وخلفت أبوين ومن خلفت المسئلة الاولى من خمسة عشر ، والثانية من ستة للام من الاولى سهمان لا تنقسم على الثانية وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في المسئلة الاولى تكن خمسة وأربعين ، فإن شئت نسبت نصيب كل وارث من المسئلة واعطيته من التركة مثل تلك النسبة فللمرأة تسعة وهي خمس المسئلة ، فلها خمس التركة أربعة دنانير ، وللأخت من الام ثمانية ، وهي ثمانية أنساع الخمس ، فلها من التركة ثمانية أنساع خمسها ، وهو ثلاثة دنانير ، وخمسة أنساع دينار والأخت من الابوين عشرون وهي أربعة أنساع المسئلة ، فلها أربعة أنساع التركة وهي ثمانية دنانير وثمانية أنساع دينار ، وللأخت من الاب ستة وهي تسع المسئلة وخمس تسعها فلها من التركة ديناران وثلثان ، وإن شئت قسمت العشرين على خمسة وأربعين وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فيخرج ما ذكرناه وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ما بلغ على المسئلة فخرج فهو نصيبه إن شئت وافقت بين التركة والمسئلة وهي توافقها بالاحماس فتزد المسئلة الى تسعة والتركه الى أربعة وتضرب سهام كل وارث في أربعة وتنقسمه على تسعة يخرج ما ذكرناه .

(مسئلة) (وإن أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركه المعلومة

المال بالنزوح فان للخالة السدس ولولد الام الناث وابنتا الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة

(مسئلة) قال (ويورث الذكور والانات من ذوي الارحام بالسوية اذا كان ابوم واحدا وامهم واحدة الا المال والخالة فللخال الشين وللخالة الثلث)

اختلفت الرواية عن احمد في توريث الذكور والانات من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الاثرم وحنبيل وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الارحام وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لانهم يرثون بلرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خاله وخاله اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته : للخال الثلثان وللخالة الثلث ، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزليين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حلهم على ذوي الفروض لانهم يأخذون المال كله ولا على العصبية البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات . وبجواب عن هذا بأنهم معتبرون

واعمل على ما قلنا ، وقراريط الدينار في عرف بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فان كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط فانظر ما يتركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب احد العددين الى أربعة وعشرين فان كان أدنى منها فخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة ، فإكان فهو لكل قيراط وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمته عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيب القيراط

ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها على القراريط فهي متركة من ضرب عشرين في ثلاثين والنسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثانها خمسة وعشرون فهي سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط فاذا عرفت سهم القيراط فانظر كل من له سهام فاعطه بكل سهم من سهام القيراط فان بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فالسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له سهام بعدد يبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها

مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداها في الاخرى تكن

بولد الام وانما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان اباهم يستوي ذكرهم وانثاهم الا في قياس قول من أमत السبب فان الذكر مثل حظ الانثيين . والذي نقل الحرفي التسوية بين الجميع إلا في الحال والحالة ولم أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه . وأما قوله إذا كان أبوهما واحداً وأمه واحدة فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف أبوهما وأمهاتهما كالأخوال والحالات المتفرقين والعمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ان شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك ابن أخت معه أخته أر ابن بنت معه أخته : المال بينهما نصيبين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة ابناء وابنتان أخت لابوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لاب وأربعة بني ولد وأرم بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة الاخوت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة والاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبتى ولد الام بمالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية

مائة وخمسين وسهم القيراط ربع ابسطها أرباطا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة أربعون فلها بخمسة وعشرين أربعة قراريط يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين وانقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللأب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة وابسط السهم الباقي أرباطا يكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين سهماً أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهان ابسطها أرباطا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس قيراط وكذلك لكل أخت من أم والاختين الاب مثل ذلك وللأخت للابوين ستة ابسطها أرباطا تكن أربعة أخماس قيراط

(مسئلة) (وإن كانت التركة سهاماً من عقار كثلث وربع ونحو ذلك)

فان شئت ان تجعلها من قراريط الدينار وتقسمها على ما قلنا وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة او وقتها في مخرج سهام العقار او في وقتها فما كان فأنسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه إذا كانت التركة ربع دار وثانها جمعتهما من مخرجها قراريط فكانت أربعة عشر قيراطاً وجعلتها إقنهاداً غير وعلت على ما سبق وإن شئت أخذتها من مخرجها وقسمتها على المسئلة فان انقسمت بغير ضرب . مثال ذلك زوج وام وثلاث اخوات مفترقات والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من تسعة

تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلثمائة وستين ، وإن كانوا أولاد بنات أو أخوات بفرقات فكذلك ، وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة ثمانية عند من فضل . وقرل أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين (فصل) وإن كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى ، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم . واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف إلى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استروا ومن بدلون به من الآباء والأمهات إلى بنات الميت المذكور مثل حظ الاثنين كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنك وإن كان أنثى ، ومن أدلى بالأنثى أنثى وإن كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المداين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وما أصاب والدا أنثى قسمه بينهم كذلك

(سأل) من ذاك بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل إن كانا من ولد بنين فكذلك وإن كانا من ولد بنت واحدة فالناتل بين ابنتها لابنتها ثلثاه ولبناتها ثلثه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير لابنت سهمان ولابن سهم ، وقرل محمد كذلك وقرل أبي يوسف لابن سهمان ولابنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والبقية بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من

ومخرج سهام العقار عشرون الموروث منها تسعة منقسمة على المسئلة لزوج منها ثلاثة وهي عشر الدار ونصف عشرها والاخذ من الابوين مثل ذلك ولكل واحدة من الباقيات نصف عشر فان لم تنقسم لكن وافقت السهام الموروثة المسئلة رددت المسئلة الى وفقها ثم ضربته في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في وفق السهام الموروثة من العقار

مثاله زوج وابوان وابنتان والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من خمسة عشر توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث لأنها تسعة فترد المسئلة الى ثلثها خمسة ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة فللزوج من المسئلة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهو نصف عشر الدار وخمس خمسها ولكل واحد من الابوين سهمان في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار ولكل بنت ضعف ذلك وهو عشر وخمس عشر ، وإن لم توافق السهام الموروثة المسئلة ضربت المسئلة جميعها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في السهام الموروثة من العقار فما بلغ فأنسبه من مبلغ سهام العقار وإن شئت نسبت سهام كل وارث من المسئلة فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام الموروثة الى سهام العقار فتقول في هذه المسئلة للزوج من المسئلة الخمس فله خمس التركة وكذلك تفعل في بقية الورثة على ما سبق

ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فلا ين ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقيين على خمسة ، وان كانوا من ولد بنت فلا ين ابن البنت الثلثان والثلث الباقي لابن علي خمس لان المال كان للبنت الاولى قسم بين ابنتها اثلاثا لابن سهران فاما لابنت سهران فهو لوالدها قول محمد يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهران لانه يدلي بابن والباقيين ثلاثة لانهم يدلون بأنني قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهران وللبنت سهم ابنا بنت بنت وبنت ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين كذلك وان كانوا من ولد واحدة فلا ين الاثنان بين ابنتيه ولا بنتها اثنان بين ابنتها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهران واكل أننى سهم قول محمد اكل ذكر سهم واكل أننى سهم ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فالاولين اثنان بينهم على ستة والآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين ، وان كانوا من ولد اثنين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف لذكر مثل حظ الاثني وتصح من خمسة عشر ، وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الاخت كمت إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد اخ لاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة والآخرين ستة بينهم

(فصل) في المجهولات زوج وأم وأختان لاب وأم أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم جميع التركة ؟ فالطريق في ذلك أن تقسم الدنانير التي أخذها على سهامه تخرج خمسة عشر فاضربها في سهام المسئلة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي التركة وان شئت ضربت ما أخذ في سهام المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو التركة وان شئت قات سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة ستة وخمسون ديناراً وثوب أخذ الزوج بميراثه الثوب كم قيمته ؟ فالطريق أن تقسم العين على سهام من بقي من الورثة تخرج ثمانية تضربها في سهام الزوج تكن أربعة وعشرين وان شئت قات سهام الزوج من سهام الباقي ثلاثة أسباعها فخذ ثلاثة أسباع العين تكن ما ذكرنا وبالجزر تجعل قيمة الثوب شيئاً فإذا أخذه الزوج بثلاثة أسهم وجب أن يأخذ باقي الورثة سبعة أسهم شيئين وثلاثاً وذلك يعدل العين فالشيء ثلاثة أسباعها في ثلاثة أسباع العين تكن أربعة وعشرين وان بسطت الشيئين والثالث اثلاثاً كانت سبعة وقسمت لهما العين بخرج الشيء أربعة وعشرين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة خمسة وثلاثون ديناراً وثوب أخذت احدى الاختين للاب والام اثوب وثلاثة دنانير فالتق ما أخذت من العين فاقسم الباقي على سهام باقي الورثة وهي ثمانية يخرج بالقسم أربعة دنانير وهي نصيب السهم فالاختين بسهمين ثمانية دنانير فاذا القيت منها ثلاثة دنانير بقي خمسة وهي قيمة الثوب والتركة جميعها أربعون ديناراً أو بالجزر تجعل قيمة الثوب شيئاً

على سبعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين، ابتنا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الأخ الثمان في قول المنزايين جميعهم، وقول محمد الثالث لولدي الأخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جملته بينهما أثلاثاً وهذا قول محمد، وقال أبو يوسف لابن الأخت هان ولكل واحد من الباقيين سهم وتصح من خمسة

(فصل) بنت بنت بنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزليين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لأنها أقرب فإن كان معها بنتا بنت ابن أخرى فكانهم بنت وبتنا ابن فـ... ثمانية وتصح من ستة عشر ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال لابن لأنه أقرب الى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم الا ما حكى عن ابن سالم في أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوراثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة والابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن وابنتا بنت ابن آخر الأول ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسئلة تكن من ستة عشر، ابن وبنت بنت وثلاث بنات، بنت وابنتا بنت ابن لاشيء، هذين في قول الجميع لان أهمها تسقط باستكمال البنات الثلاثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثني عشر عند من سوى، ومن فضل جملتها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة أيضاً، بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فإنه

فتقول اذا أخذت الأخت بسهمين ثوباً وثلاثة دنائير وجب أن يأخذ بقية الورثة أربعة أشياء واثني عشر ديناراً وذلك يعدل ما حصل لهم وهو اثنان وثلاثون ديناراً فألق اثني عشر بمثلها يبقى أربعة أشياء تعدل ثشرين ديناراً فقيمة الثوب خمسة دنائير كما قلنا فان كانت المسئلة بمحالها والفرقة ثلاثون ديناراً وعبدان متساويا القيمة أخذت إحدى الاختين الابوين أحد العبدین فأسقط سهمها من المسئلة وأسقط بمثلها العبد الآخر يبقى ستة تقسم العين عليها يخرج للسهم خمسة فقيمة العبد عشرة وبالخير تجعل قيمة كل عبد شيئاً فاذا أخذت بسهمين شيئاً وجب أن يكون لباقي الورثة أربعة أشياء وذلك يعدل ما مهم وهو شيء وثلاثون ديناراً فألق المشترك يعدل الشيء عشرة كما قلنا

(باب ذوي الارحام)

وهم كل قرابة ليست بندي فرض ولا عصبة وهم أحد عشر صنفاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام وبنو الاخوة من الام والعم من الام والعمات والاخوان والحالات وأبو الام وكل جدة أدلت باب بين أمين أو باب أبي من الجد ومن أدلى بهم فهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة الا الزوج والزوجة روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومما ذنب جيل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر

النصف ولكل بنت الرهم ونصف من أربعة ، وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللأخرى الثلث ، ونصف من تسعة ، واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ومتى كان الأخوات أو الأخوة من واد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وإناهم الا الثوري ومن إمام السبب ، ثلاث بنات أخ وثلاث بني أخت ان كانا من ام فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من ابرين فلبنت الاخ الثلثان ولبني الاخت الثلث ونصف من تسعة عند المنزائين وعند محمد ، وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى نصيب من ثمانية قول محمد كأنهما اختان من ابوين وأخت من ام فتصحب من خمسة عشر فان كان ولد الام ايضاً ابناً وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية الا الثوري فانه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصحب عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابناً أخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنة أخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية ونصف من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية واربعين وقول محمد يقطع ولد الاب ويتفق قوله مع قول أبي يوسف في ان المال لولد الاخت من الابوين ، ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لام وابنة أخت أخرى لام قول المنزائين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلاً رعى رجلاً بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه أبو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر : اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى المقدم عن النبي ﷺ أنه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عانيه ، فان قيل المراد به أن من ليس له الا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له ، أو انه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : انه قال يرث ماله وفي لفظ يرثه

(والثاني) : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر هذا جواباً لابي عبيدة حين سأله عن ميراث

الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(والثالث) أنه سماه وارثاً ، والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي قلنا والاثبات كقولهم

يا عماد من لا عماد له ، يأسد من لا سند له ، يا ذخر من لا ذخر له .

وروى سعيد باسناده عن واسع بن حبان قال : توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا عصبه

فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ،

﴿مسئلة﴾ قال (فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات فلبنت الاخت من الأب والام ثلاثة أخماس المال ولبنت الاخت من الأب الخمس ولبنت الاخت من الأم الخمس)

جاء من مكان أمهاتهن وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلة في ولد الاخوات ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في مسئلتنا بين الاخوات على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات لآهن اخوات الأب فميراثه يثنى كميّرات الاخوات المفترقات من اخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات مفترقات لآهن اخوات الأم فميراثها يثنى كذلك وقدم اهل القرابة من كان لاب وام من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام الا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم اخوات

ومن مسائل ذلك ستة بنات ثلاث أخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما اصاب كل واحدة فهو لبنتها وتصح من عشرة فول أبي يوسف المال كله لولد الابن قول محمد لها ثلاثان

ورواه أبو عبيدة في الاموال الا أنه قال لم يخلف الا ابنة أخ له ، نقض النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض ، وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبهه ذوي الفروض والمصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل أنه لا ميراث لها مع ذوي الفروض والمصبات ، ولذلك سمي الحال وارث من لا وارث له ، أي لا يرث الا عند عدم الوارث وقولهم لا يرثان مع اخوتها قلنا لانها أقوى منهما وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً التعيين واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار الى التعبد المحض .

(فصل) والرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فتى خلف البيت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ جميع التركة ، هذا قول عامة من ورث ذوي الارحام قال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الحال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الحال وارث من لا وارث له » ومن مسائل ذلك أبو أم وجدة ، المال للجدة ، بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ وابن أخت عم وعممة بني اخوة مفترقين لا شيء لذوي الرحم في جميع ذلك

(فصل) وكذلك المولى المتق وعصبائه يقدمون على ذوي الارحام ، وهو قول عامة من ورثهم

ولولد الأم اثنتان وتصح من ستة ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الاختين من الأبوين الثلتان
ولولد الأم الثلث وتصح من ستة وهذا قول محمد بن أحمد بن أبي بون وابن وابنة اخت لاب وابنا
وابنتا أخت أخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى
ومن ستين عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد فان كان معهم أربعة بنين وأربع بنات
أخرى لام صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزليين كالم قول محمد كالم أخت لأبوين وست أخوات
لاب وأربع عشرة أختا لام وسهم ولد الأب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين فان
كان ولد الأخت الأبوين ابنا وابنتا صحت كذلك عند المنزليين وعند محمد كأنهما ختان لأبوين
فيسقط ولد الأب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العات المتفرقات والحالات المتفرقات
وأولادهن كاقول في ولد الأخوات المتفرقات

(مسئله) قال (إذا كن ثلاث بنات ثلاثة أخوة متفرقين فلبنت الأخ من الأم السدس
والباقي لبنت الأخ من الأب والأم)

هذا قول جهم المنزلي لان الأخوة المتفرقين يسقط ولد الأب منهم بولد الأبوين والآخر للأم
السدس والباقي كله للأخ الأبوين ثم ما صار لكل أخ فهو لولده وكذلك الحكم في الأخوال المتفرقين
وأولادهم لان الأخوال أخوة الأم ، مسائل من ذلك ست بنات ستة أخوة متفرقين لولد الأم الثلث
والباقي لولد الأبوين ست بنات ثلاثة أخوة ، متفرقين لولد الأم السدس والباقي لولد الأبوين قول
محمد لو ولد الأم الثلث ، بنت أخ لأبوين وابن أخ لام وبنت أخ آخر لام ابن وبنت بنت أخ لاب وابنا
وابنتا ابن أخ لام ثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزليين فان كان مكان

من الصحابة وغيرهم وقول من لا يورثهم أيضاً ، وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال
ابن أبي عبيدة ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وعلقمة ، والاسود ، وعبيدة ، ومبروق ، وجابر
ابن زيد ، والشعبي ، والنخعي ، والقاسم بن عبد الرحمن ، وعمر بن عبد العزيز ، وميرون بن مهران ،
والاول أصح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال وارث من لا وارث له » والمولى وارث ولان المولى
يسقط وينصر أشبه العصبه من النسب .

(مسئلة) (ويورثون بالتزويل فيجعل كل وارث بمنزلة من أدلى به) فيجعل ولد البنات والأخوات
كأمهاتهم ، وبنات الأخوة ، والأعمام ، وولد الأخوة من الأم كآبائهم ، والأخوال (، والحالات ،
وأبو الأم كالأب ، والعلمات ، والعلم من الأم كالأب ، وعنه كالم ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به
مذهب أبي عبد الله رحمه الله في توريث ذوي الأرحام مذهب أهل التزويل وهو ان ينزل كل واحد
منهم منزلة من يمت به من الورثة فتجعل له نصيبه فان بعدوا وانزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من

الأخ من الأب أخت كانت من ستين فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت إلى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للأولى السدس والباقي لثانية عند المنزلة ، وفي القرابة هو للأولى لأنها أقرب إلى الميت بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال هذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب الأولى السدس والباقي لثانية وقال أبو يوسف الكل لثانية بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى إلا في قول الثوري وابن سالم وضرار للأولى السدس والباقي لثانية لأنهم يورثون البعيد مع القريب وإن كانا من جهة واحدة

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بني أخت لاب وخمسة بني أخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلة النصف من ذلك بين ولدي الأخت لابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولداً لام اثنتان وهو مائة وثلاثون ولولد الأخ تسعون ولولد الأخت تسعون ولولد الأب تسعون ولولد الأخ ستون ولولد الأخت ثلاثون، ثلاث بنات أخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات ولولدي الأم الثلث بينهما بالسوية والباقي ولولدي الابن لبنت الأخ ثلثا ولبنت الأخت ثلثه وإن كان معهم ثلاثة بني أخوال مفترقين فلم يمس السدس لابن الحال من الأم سدسه وباقي لابن الحال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثا ولبنت الأخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الأم بينهم كالحكم في ثلاثة

يتمون به فيأخذون ميراثه فإن كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يتمون به فما حصل لكل واحد جعل لمن أمت به فإن بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، هذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحامد ونعيم ونميرك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من من ورثهم غير أهل القرابة ، وروي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الأخ منزلة الأخ ، وبنت الأخت منزلة الأخت ، والعمة بمنزلة الأب ، والحالة بمنزلة الأم . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والحالة . وعن علي أنه نزل العمة بمنزلة العم . وروي ذلك عن علقمة ومسروق ، وهي الرواية الثانية عن أحمد وعن الثوري وأبي عبيد ، أنها نزلاها بمنزلة الجد مم ولد الأخوة والأخوات ونزلا آخرون بمنزلة الجدة وإنما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها بأربع جهات وارثات ، فالأب والعم أخواها ، والجد والجدة أبواها ، ونزل قوم الحالة جدة لأن الجدة أمها . والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا ، والحالة أم ، لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : ما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال : « العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب ، والحالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم » رواه الإمام أحمد .

(والثاني) : أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة .

(الثالث) : أن الأب أقوى جهات العمة والأم أقوى جهات الحالة فتعين تنزيلاهما بهما دون غيرها .

اخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات متفرقات كثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات متفرقات على ما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذ كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الاب والام لانهن اقن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الابوين بخلاف العمومة وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم قال الخبري وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهداية قولاً من رأيه يفضي الى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا

كبت الاخ وبنت العم فانها ينزلان بمنزلة أبويهما دون اخواتهما ولانه إذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثناها باقواها كالحجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانما يورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فأنهم ورثوه على ترتيب المصبات ، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وإن علا أولى من ولد البات ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده

(مسائل ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فإن كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكمة الثلثين ، والخاله السدس ، والباقي لبنت الاخ ، فإن كان مكان الخالة عمه حجت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العمه كالأب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العمه ومن نزلها جداً قامم بها ابنة الاخ اثنتي الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي (المغني والشرح الكبير) (١٤) (الجزء السابع)

الخطاب لو علم افضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسئلة على ما قال الخرقى .

ومن مسائل ذلك بنت عم لابوين وبنت عم لاب المال للأولى : بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك . بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك . بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلين وهوللثانية عند أهل القرابة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عمه المال لبنت العم عند الجمهور وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمه سهم ، بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عمه من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العمه النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهما على ستة فان كان معهن بنت عم من أبوين أو أب وراثت المال دونهن

(مسئلة) قال (فان كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثالث بين الثلاث خالات على خمسة اسهم والثلاثان بين الثلاث عمات على خمسة اسهم)

فتصح من خمسة عشر سهماً للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللخالة التي من قبل

وفي قول أهل القرابة لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً .
(مسئلة) (فان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنتاهم سواء ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين إلا ولد الام وقال الخرقى يسوى بينهم إلا الحال والحالة)
اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث في الحال والحالة يعطون بالسوية في جميع ذوي الارحام اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم لا يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنتاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خالة وخالته اجعاه بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمه ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته للخال الثلثان وللخالة الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصبه البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات

ويجاب عن هذا بانهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباهم يسوي ذكرهم وأنتاهم الا في قول من أمات السبب فان عنده للذكر مثل حظ الانثيين فأما الذي نقل عنه الخرقى أنه يسوى بين الجميع إلا الحال والحالة قال شيخنا

الاب سهم وللخالة التي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة أسهم وللعمة التي من قبل الاب سهمان وللعمة التي قبل الام سهمان، إنما كان كذلك لان الحالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكان الميت خلف أباه وأمه فلان له الثلث والباقي لآبيه ثم ما صار للام بين أخواتها على خمسة لأنهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المتفرقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداها تجزي عن الأخرى لأنهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسئلة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للحالات سهم في خمسة مقسومة بينهم كما ذكر والعمات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهم على خمسة كما ذكر أيضا وهذا قول عامة المنزليين ، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهن ، وقال نعيم واسحاق الحالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهم على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهم على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة عندهما من تسعة ، فان كان مع الحالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزليين. ثلاثة أحوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمة من أم الثلث بين الاخوال والحالات على ستة ، للخال والحالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلاثة للخال والحالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزليين وإحدى الروايتين عن أحمد وذكرها

فلا أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه والخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوها وأُمها واحد قاما إذا اختلف أبؤهم وأُمهاهم كالأخوال والحالات المفترقين والعمات المتفرقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فذلك موضع يذكر فيه ان شاء الله تعالى
(مسائل ذلك) ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزليين المال بينهما على ثلاثة: ابنان وابنتا أخت لابوين وثلاث بنات بنت أخت لاب وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الاب سهم بين ولدها على ستة والأخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والأربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن مائة وعشرين ومن فضل ابقى ولد الام بحالهم وجمل ولد الأخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثالث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الأخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين، وان كانوا أولاد عمات أو حالات متفرقات فذلك وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين

(فصل) اذا كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهن على عددهن فما أصاب

الحرق في الحال والحالة خاصة دون سائر ذوي الارحام ، والرواية الاخرى هو بينهما على السوية والثلاثان بين العم والعمة بالسوية . ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بنات خالات للميراث للعمات والخالات ويسقط الباقي فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات ، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لانهم بمنزلة الاب فيسقط بهم بنات الاخوة لانهم بمنزلة الاخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لانهم أولاد بنيه والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال اننا إذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما نقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب او لم يسقط لزم منه سقوط ولد الاخوة بينات العم من الام لانهم من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات العمات وبنات الاعمام كاهم ، فلما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب قابلي لبنت العم من الابوين

(فصل) خالة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن العم وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة المال للخالة لانها أقرب ، وكذلك ان كان مكان

كل واحدة منهم فهو لولدها بالسوية عند من سوى وعند من فضل جيله بينهم على حسب ميراثهم واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال على عددهم دون مراعاة أمهاتهم اذا استووا ممن يدلون به من الآباء والامهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كاولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا وان كان انثى ومن أدلى ببنت بنتا وان كان ذكرا وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنتها وبناتها الابن ثلثه ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم وكذلك قول محمد وقول أبي يوسف للابن سهمان ولبنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا بنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقيين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فلا ين ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقيين على خمسة وان كانوا من ولد بنت فلا ين ابن البنت الثلث والباقي للباقيين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنتها وبناتها اثلاثاً للابن سهمان فهما لابنته ولبنت سهم فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على

الحالة خال: عمه وابن خال معه اخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوها خالا من أم، وان كان من أب أو من ابوين ففيه روايتان (احداها) هو بينهما بالسوية أيضا (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمه وعند أكثر الفرضين المال للعمه: بنت عم وابن عمه وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية ان كانا من أم. وان كانا من أبوين أو من أب فكل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة في روايتان، وان كان ابن الحالة من أم والخال من أب فلا ين الحالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الحالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المنزائين المال كله لبنت العم لانها أسبق الى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثنان وعند أهل القرابة هو للحالة: عمه وبنت عم من نزل العمه أبا جعل المال لها ومن نزلها عما جعل المال بينهما نصفين وكذلك من أمات السبب. بنت ابن عم لأب وبنت عمه لابوين المال لبنت ابن العم: ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة واثنتان من أربعة أيضا وتصح من اثني عشر، وفي القرابة الثلث لبنت الحالة والثنان لابن العمه وتصح من ثلاثة (فصل) خال وخالة وأبو أم المال لأبي الام فان كان معهم ابنة عم أو عمه فالثلث لأبي الام والباقي لابنة العم او العمه وان كان مكان أبي الام أم، فلا شيء لها لان الحالة أسبق الى الوارث والجهة واحدة: خالة وأبو أم المال للحالة لانها بمنزلة لام وهي تسقط أم الام: ابن خال وابن أخ من أم

خمسة لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لانهم يدلون بأنثى وقول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلا ينها الثلثان بين ابنتيه ولا بنتها الثلث بين ابنتها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل انثى سهمان. ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بني وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الثاني بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين. قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللاولين الثلثان سهم على ستة وللآخرين الثلث سهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين، وان كانوا من ولد ابنتين صححت من ستة وثلاثين، قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربعة ذكور وولد بنت الاخت كست اثنا فيقسم المال بينهم على أربعة عشر فلولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة والآخرين ستة بينهم على تسعة وتصح من اثنين وأربعين وترجم بالاختصار الى أحد وعشرين: ابنتا أخ وابن وابنة أخت لابنتي الاخ الثلثان في قول المنزليين جميعهم وقول محمد والثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثا وهو قول محمد وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة

المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزائين هو لابن الاخ ، فان كان بهما ابن أخت من أب قالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخداعه ولكل واحد منهما الخمس وان كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقيين السدس وعند المنزائين لاشي لابن الخمال والمال بين الباقيين على خمسة : خال وابن ابن أخت لأم المال بينهما على ثلاثة وعند المنزائين هو لخال . بنت بنت أخت لأبوين وابن ابن أخ لأم وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الاخ وعند المنزائين المال كله !

(فصل) عمه وابنة أخ المال للعممة عند من نزلها أباً ولابن الأخ عند من نزلها عمًا وبنيهما عند من نزلها جدًا: بنت عم وبنت عمه وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأب فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه، برارته وجعل الابرة جهة والآخره جهة أن يسقط أولاد الاخوة، فان جعل الابرة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العممة وقبل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد: بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب: لبنت الخصال اثلاث والباقي لبنت الأخ وعند أكثر المنزليين الكل لبنت الأخ: ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزّلين جميعهم وعند أهل القرابة أيضاً هو لبنت البنت لأنها أقرب فإن كان معها بنتا بنت ابن أخرى فكانهم بنتا ابن وبنت فمستلّتهم من ثمانية وتصح ستة عشر : ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للإبن لأنه أقرب إلى الوارث وهذا قول عامة من ورّهم إلا ما حكى عن ابن سالم أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللإبن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن وبنتا بنت ابن آخر للأولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسئلة تكن من ستة عشر : ابن وبنت بنت وثلاث بنات بنت وابنا بنت ابن لا شيء لهذين في قول الجميع لأن أمهما تسقط باستكمال البنات الثلاثين ويكون النصف بين الإبن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث، وتصح من اثني عشر عند من سوى ومن فضل جهما بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة أيضاً. بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فإنه للأوليين، وقول من أمات السبب ورث البعيد مع القريب المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن على أربعة وتسقط الأخرى لأن هذه وارثة الإبن في أول درجة، بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الأولى والأخيرة على أربعة عند المنزّلين وقال أهل القرابة هو الأولى قول ابن سالم هو الأوليين وتسقط الثالثة

﴿مسئله﴾ (واذا كان ابن و بنت اخت و بنت اخت اخرى فلبنت الاخت وحدها النصف
وللاخرى و اخيها النصف بينهما)

العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو أحد من أولادها فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فإنه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ، ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات لخالة السدس والباقي للعممة ومن زلها عما فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بذات ستة أخوات مفترقات عالت على هذا إلى سبعة

(فصل في عمات الابوين وأخوالهما وخالاتهما) مذهبنا ما تقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يباحق بإرثه إن كانا من جهتين ثم يجعل لمن بدلي به ما كان له وأكبر المنزلة يعطون الميراث الأسبق بكل حال . والمشهور عن أهل العراق ان نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب لاب بين عماته وخالاته كذلك . ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكرن المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لأنهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لأنهن بمنزلة الجد : عمه أب وعمه أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق ، وقال القاضي المال لعمة الاب لأنها أسبق

لا خلاف بين المنزلة في ان لولد كل اخت ميراثها وهو النصف فمن سوى جعل النصف بين الاخت واخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخرى وتصح من أربعة ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة والاخرى اثاث وتصح من تسعة واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ، ومتى كان الاخوات والاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا اثوري ومن أمات السبب : ثلاث بنات أخ وثلاثة بنات أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من أبوين فلبنتات الأخ الثلثان ولبنات الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المزالين ومحمد وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث : ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية ، قول محمد كأنهما أختان من أبوين واخت من أم وتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام أيضاً ابناً وابنة صححت عند جميعهم من ثمانية إلا اثوري فإنه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا اخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنا أخت اخرى لاب من ثمانية في قول عامتهم وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى ، وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله وقول أبي يوسف في ان المال لابن

لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المذايبي لأنهم يورثون الأسبق بكل حال . خالة أم وعمه
 أب لخالة السدس رابقي لعمها لأنها كجدة وجدة وكذلك القول في خلة ب وعمته : خالة أم وخالة
 أم أب المال لخالة لأنها بمنزلة أم أم وأم أم أب : خال أب وعم أم المال لخال لأنه بمنزلة جدة
 والجدة بمنزلة الأمهات : بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن
 ورث لاسبق جهل الكل لبنت العم . أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فان كان معهما أبو
 أم أم فهو بينهما نصفين لأمها بمنزلة جدتين متحاذيتين . أبو أم أبي أم وأبي أم أم المال لهذا لأنه
 أسبق فان كان معهما أبو أم أبي أم فالمال له لأنه بأول درجة يلقي الوارث . أب وأم أبي أم لام أبي الأم اثنت
 والباقي للأب فان كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فان كان معهم أبو أم أب فالمال
 بين هذا والذي قبله نصفين

(فصل) وإذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورثين لم إلا شيئاً يحكي عن أبي
 يوسف أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لأنه شخص له جنتان
 لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً من أم ، وحساب ذلك أن تجعل
 ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى
 للابن الثمان وللبنت اثنتان فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الرابع ومن

الاخت من الابوين : ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنا وابنتا أخت أخرى لام قول المذايبي
 من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

(فصل) ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات مذهب أحمد وسائر المذايبي ان المال يقسم بين
 الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في هذه المسئلة بين الاخوات على
 على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك ، والحكم في ثلاث بنات عمات مفترقات كذلك لانهن أخوات
 الأب فميراثه يبينهن على خمسة ، وكذلك ثلاث خالات مفترقات لانهن أخوات الأم وقدم أهل القرابة
 من كان لاب وأم من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث اولاد
 الاخوات على أعدادهم واقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات

(مسائل) من ذلك ست بنات ثلاث أخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما اصاب
 كل واحدة فهو لبنها وتصح من عشرة وعند أبي يوسف المال كله لولد الابوين وعند محمد لهما الثلثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة : ست بنات ست أخوات مفترقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة هذا قول محمد . ابن أخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنتا
 اخت أخرى لاب وثلاثة بنات بنت اخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين
 عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد ، فان كان معهم أربعة بنات وأربع بنات اخت أخرى لام

فضل جعل له النصف والثالث ولاخه السدس وهذا قول أكثر التزايين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولاخه الخمس: بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب وبنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الأخت من الابوين وأربعة لذات القربتين من جهة أبها ولها سهم من جهة أمها وللأخرى سهم: عمتان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القربتين خمسة وللعمة الأخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فإن كان معهما عم من أم هو خال من أب صححت من تسعين: ابن وبنت ابن عم من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب: ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمتان من أم هي من ثمانية عشر

(مسائل شتى) يعني متفرقة فأنها مسائل من أبواب متفرقة يقال شتى وشتان وقال الله تعالى (نحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى) وقال تعالى (إن سعيكم لشتى) وقال الشاعر:
قد عشت في الزمر أطواراً على طرق شتى وقاسيت فيها الدين والفظما

(مسئلة) قال (والخشي المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

صححت من ثمانية وأربعين عند التزايين كامم، قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب واربع عشرة اختاً لام سهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثمانية وثمانية وسبعين، فإن كان ولد الأخت من الابوين ابناً وبنتاً صححت كذلك عند المنزايين وعند محمد كأنها أختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العتات المفترقات والحالات المفترقات وأولادهن كالقول في ولد الأخوات المفترقات

(فصل) فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين فلبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الابوين هذا قول جميع المنزايين لأن الأخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم ولد الابوين وللأخ للأم السدس والباقي كله للأخ للابوين، ثم ما صار لكل أخ فهو لولده وكذلك الحكم في الأحوال المفترقين لأنهم إخوة الأم

(مسائل) من ذلك ست بنات ستة أخوة مفترقين لولد الأم الثلث والباقي لولد الابوين: ست بنات ثلاثة أخوة مفترقين لولد الأم السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الأم الثلث: بنت أخ لابوين وابن أخ لام وبنت أخ آخر لام، ابن وبنت بنت أخ لاب وابنا وابنتا ابن أخ لام وثلاث بني (المغني والشرح الكبير) (١٥) (الجزء السابع)

الخش هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول ويقسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو لا يوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علامته فيه ويعتبر بماله في قول من باننا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الخش يورث من حيث يبول إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة، ومن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم.

قال ابن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من ابن يورث؟ قال من حيث يبول وروي أنه عليه السلام أني بخش من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولأن خروج البول أهم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات إنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وإن بال منها جميعاً اعتبرنا أسبقها نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور فإن خرجاً معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية اسحاق بن إبراهيم يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين

وثلاث بنات بنت أخ لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلة، فإن كان مكان الأخ من اب اخت كانت من ستين فإن كان معهم ابن بنت اخت من ابوين عادت إلى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية عند المنزلة وفي القرابة هي للأولى لأنها أقرب إلى الميت. بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قول الجميع: بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب الأولى السدس والباقي للثانية، وقال أبو يوسف الكل للثانية: بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى إلا في قول الثوري وابن سالم وضرار للأولى السدس والباقي للثانية لأنهم يورثون البعيد مع القريب، وإن كانا من جهة واحدة: ابن وبنت اخت لابوين وبنت أخ لاب وثلاثة بني اخت لاب وخمس بني اخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلة النصف من ذلك بين ولدي الاخت لابوين بالسوية عند من سوى وثلاثاً عند من فضل ولولد الأم الثلث وهو مائة وثمانون ولولد الأخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الأب تسعون ولولد الأخ ستون ولولد الاخت ثلاثون: ثلاث بنات أخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات ولودي الأم الثالث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابوين لبنت الأخ ثلثاء ولبنت الاخت ثلثه وإن كان معهم ثلاث بني أخوال مفترقين فلهم السدس لابن الحال من الأم سدسه

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل فان مات له من برته
 فقال الجمهور يوقف الامر حتى يبلغ فيتبين فيه علامات الرجل من نبات الاحية وخروج المني من
 ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الحيض والجل وتفلك التدين نص عليه أحد في رواية
 الميموني وحكي عن علي والحسن أنها قالا تعد اضلاعه فان اضلاع المرأة اكثر من اضلاع الرجل
 بضام ، قال ابن القبان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المبال ، وقال جابر بن زيد
 يوقف الى جنب حائط فان بال عليه فهو رجل وان شلشل بين فخذه فهو امرأة وليس على هذا تعويل
 والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وانه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج الى قسم الميراث
 اعطى هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه اثنى وتدفع
 الى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فان مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة
 ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثنى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي
 ابي وأهل المدينة ومكة والثوري والأوزاعي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم
 وضرار ابن مرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأب وأحالاته واءطى الباقي لسائر الورثة واعطاء
 الشاهي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور ودارد وابن جرير
 وورثه بعض أهل البصرة على الاعرى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالاعرى من أصل المال وفيه
 أقوال شاذة سوى هذه .

وباقية لابن الخصال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه
 وتسع من ستة وثلاثين .

(مسئلة) (وان اختلفت منازلهم من المسدلى به جعلته كآيت وقسمت نصيبه بينهم على ذلك
 كثلث خالات مفرقات وثلث عمات مفرقات فالثالث بين الحالات على خمسة والثلثان بين العمات
 كذلك فاجتز باحداها واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر للاخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة
 اسهم للاخالة التي من قبل الاب سهم ولتي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة اسهم
 ولتي من قبل الاب سهمان ولتي من قبل الام سهمان ، انما كان كذلك لان الحالات بمنزلة الام والعمات
 بمنزلة الاب فكان الميت خالف اباه وامه فلامه الثالث والباقي الاب فما صار الام بين اخواتها على خمسة
 لانهن اخوات لها ، مفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين اخواته
 المفرقات ، وما صار الاب قسم بين اخواته على خمسة نصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداها
 تجزيء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان ، فتضرب احداها في اصل المسئلة وهي ثلاثة تكن خمسة
 عشر ، فالاخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر والعمات سهمان في خمسة مقسومة بينهن على
 خمسة كما ذكر وهذا قول عامة المنزلة وعند أهل القرابة للعممة من الابوين الثلثان للاخالة من الابوين

ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكرًا ولأن حالته تساوتنا فوجبت التسوية بين حكميهما كما لو تداعى نفسان دارا بأيديهما ولا بينة لهما، وإيس توريثه بأسوأ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لأدليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضيق المال مع يقين استحقاقهم له

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسئلة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب أحدهما في الأخرى أن تباينتا أو في وقفا أن اتفقتا وتجزى بأحدهما أن تماثلتا أو بأكثرهما أن تناسبتا فتضربهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما أن تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى أن تباينتا أو في وقفا أن اتفقتا فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري والشافعي في الولد إذا كان فيهم خشي إلى أن يجعل الأنثى سهمين وللخشي ثلاثة وللذكر أربعة وذلك لأننا نجعل الأنثى أقل عدله نصف وهو اثنان ولذكر ضعف ذلك أربعة وللخشي نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول لأبى به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولداً خشي لكانت المسئلة على هذا القول من تسعة للخي الخشي اثنان وهو ثلاثة وعلى القول الأول

الثلاث وسقط سائرهن، وقال نعيم وإسحاق الخالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتسكون هذه المسئلة من تسعة، فإن كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين (مسئلة) (فان خلف ثلاثة أخوال مفترقين فللخال من الأم السدس والباقي للخال من الأبوين) كما لو خلف ثلاثة أخوة مفترقين ويسقط الخال من الأب كما يسقط الأخ من الأب في الأخوة المفترقين بالأخ من الأبوين، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كتلات بنات أخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات كما ذكر

(مسئلة) (فان كان معهم أبو أم أسقطهم) كما يسقط الأب الأخوة وأولادهم

(فصل) ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعممة من أم الثلث بين الأخوال والخالات على ستة للخال والخالة من الأم الثلث بينهما بالسوية وثلاث للخال والخالة من الأبوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وأحدى الروايتين عن أحمد وذكرها الحرق في الحال والحالة خاصة والرواية الأخرى هو بينهما على السوية، والثلاثان بين العم وعممة بالسوية : ثلاث عمات وثلاث بنات عم، وثلاث خالات، وثلاثة بنات خال، الميراث للعمات والخالات وسقط الباقي ويكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فان كان معهم ثلاث بنات أخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الأب

مسئلة الذكورية من خمسة والانثوية من أربعة تضرب إحداها في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين
تكن أربعين للبنات سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، ولذكر ثمانية عشر وخنثى سهم في
خمس وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين ، وقول من ورثة بالدعوى فيما بقي
بعد اليقين يوافق قول المنزليين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسئلة لذكر الحسنان يقيين وهي
سنة عشر من أربعين وهو يدعي النصف من عشرين للبنات الخنثى يقيين وهي تدعي الربع وخنثى
الربع يقيين وهو يدعي الخسين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها
ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية
عشر والبنات تدعي سهمين فتدفع اليها سهمان صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال
فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لان المدعى ههنا نصف وربع وخمسان
ومخرجها عشرون يطلى الابن النصف عشرة والبنات خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فان
لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال
وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة وخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين
وان كانت بنت وزد خنثى ولا عصبة معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل
وان كان معها عصبة فهي من ستة لخنثى ثلاثة والبنات سهمان وللعصبة سهم في الاقوال الثلاثة ، فان

فيسقط منهن بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة
الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمت لانهن أولاد بنيه والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال
أننا اذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من
جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا لزوم منه سقوط بنات الاخوة بينات العم
من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات العمت وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان
مكان العمت والحالات بناتهن فللحالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة لبنت الاخ
من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من
أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين .

(فصل) خالة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن عمته ، وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع
القريب ، وفي قول أكثر المنزليين وأهل القرابة : المال للخالة لانها أقرب وكذلك ان كان مكان الخالة
خال . عمه وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خلا من أم وإن
كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان (أحداهما) هو بينهما بالسوية أيضاً (والثانية) على ثلاثة
والباقي للعممة وعند أكثر الفرضيين المال للعممة : بنت عم وابن عمه وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت
الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم وإن كانا من أبوين أو من أب فهل هو بالسوية أو على ثلاثة ؟

كان معهما أم وعصبة فهي في التنزيل من سنة وثلاثين للأم سنة وللخش سنة عشر ولبنات أحد عشر
والعصبة ثلاثة ، وقياس قول الثوري أن يكون للخش والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة ^(١) والأم
السدس ويقتضى نصف السدر للعصبة وتصح من ستين ^(٢) وإن كان ولد خش وعصبة فللخش ثلاثة
أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فإنه يجعل المال بينهما أثلاثا
لأن الخش تدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف
الكل نصف ثلث : بنت وولد ابن خش وعم هي في التنزيل من اثني عشر ، وترجع بالاختصار إلى
سنة للبنت النصف وللخش الثلث ولعم السدس

(١) في نسخة ثلاثة

(٢) في نسخة من

اثني عشر

(فصل) وإن كان الخش يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد ابن خش فمقتضى قول
الثوري أن يجعل للخش نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه إلى سهام الباقي وهي
سنة ثم تبسطها أنصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والأخت
نصفين ، وقد عمل أبو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما في التنزيل فتصح من
ثمانية وعشرين للخش سهمان وهي نصف سبع والكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان
زوج وأم وأخوان من أم وولد ابن خش فله في حال الانوثة ثلاثة من نسمة فأجعل له نصيبها مضموما
إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له سنة من ستة

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلا ين الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال
وإن كانت بنت الخال من أم وإن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العممة وعند
أكثر المنزايين المال كله لبنت العم لأنه سبق إلى الوارث خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة
هو للخالة: عممة وبنت عم من نزل العممة أبا جعل المال لها ومن نزلها عمما جعله بينهما نصفين وكذلك من
امات السبب : بنت ابن عم لاب وبنت عممة لابوين المال لبنت ابن العم . ابن خال من أم وبنت خالة من
أب وبنت عم من أم وابن عممة من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضا وتصح من اثني عشر وفي
القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العممة وتصح من ثلاثة .

(فصل) خالة وخال وأبو أم المال لأبي الأم فإن كان معهم ابنة عم أو عممة فالثلث لأبي الأم والباقي
لابنة العم أو العممة فإن كان مكان أبي الأم أمه فلا شيء لها لأن الحالة سبق إلى الوارث والجهة واحدة :
خالة وأبو أم أم ، المال للخالة ، لأنها بمنزلة الأم وهي تسقط أم الأم : ابن خال وابن أخ من أم ،
المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزليين هو لابن الأخ فإن كان معهما ابن أخت من
أب فالمال بينهما على خمسة لابن الأخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس ، فإن كان معهم بنت
أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقيين السدس . وعند المنزليين لا شيء لابن الخال ، والمال
بين الباقيين على خمسة : خال ، وابن ابن أخت لأم ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزليين هو للخال

وثلاثين وهي السدس ، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خشي وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس والخصي السدس ولعم ما في على القواين جميعا

(فصل) وان خلف خثيين فصاعداً نزلهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للثنيين أربعة أحوال وثلاثة ثمانية والأربعة عشرة والخمسة اثنين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الأحوال كلها فنقسمه على عدد أحوالهم فما خرج . انقسم فهو لهم ان كانوا من جرة واحدة وان كانوا من جهات جهت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالخارج بانقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي (والوجه الآخر) أنهم ينزلون حالاً مرة ذكر مرة أخرى مرة ثالثة كما هي في لواحد وهذا قول أبي يوسف والاول أصح لانه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه . وبيان هذا في ولد أخ خشي وولد أخ خشي وعم ان كان ذكرين فالمال اولد ، وان كانا اثنيين فاللص نصف والباقي لهم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال ولعم دية ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد ومده ذكراً وأن يكون ولد الاخ ومده ذكراً فتكون المدة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربع وهو النصف ولعم

بنت بنت أخت لابوين ، وابن ابن أخ لام ، وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة ، لهذه السدس ، والباقي لبنت ابن الاخ . وعند المنزليين المال كله لها

(فصل) عمه وابنة أخ ، المال للعممة عند من نزلها أباً ولا بنة الاخ عند من نزلها عماء ، وبينهما عند من نزلها جدأ . بنت عم وبنت عمه وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب ، لبنت الاخ من الام السدس ، والباقي لبنت الاخ من الاب ، فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم ، ويحيى على قول من نزل البعيد حتى يباحق بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العممة ، وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد . بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب لبنت الخال اثنتان والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزليين السكك لبنت الاخ . ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو واحد من أولادها فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ويقتضيه قول أبي الخطاب . خالة وعمه وست بنات ثلاث أخوات مفترقات ، للخالة السدس والباقي للعممة ومن نزلها عماء فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ست أخوات مفترقات عالت على هذا الى سبعة

مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال الاخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثا وتصح من ستة، وكذلك الحكم في أخ خشي وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أشي، ولو خف بنتا وولدا خشي وولد ابن خشي وعصبة فنزلها حالين جعلهما من ستة للولد الحاشي الثلاثة وللبنت سهمان والباقي للعم، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس ولعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها، ويكفي هذا التقدير من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خشين وأكثر نادر النادر ولم يسمع برجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوأ به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وأنه ليس له في قبله الا خمسة ناتئة كالزبرة يرشح البول منها رشحا على الدرام وأرسل الينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي ستة عشر وستائة، والثاني شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المحر وبين منه يتفوط ومنه يبول. وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء وبخاططنه وبغزل معين ويعد نفسه امرأة. وحدثت أن في بعض بلاد الهجيم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا

(مسئلة) (وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها) أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة، وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة. قال شيخنا ولا يصح شيء من هذا لانهم بمنزلة آبائهم، ولو كان آباؤهم أحياء لكان المال للعم من الابوين، وفارق بنات الاخوة لان آباءهم يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة، وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم. قال البخري وليس بشي، وقد ذكر أبو الخطاب قولاً من رأيه يفضي إلى هذا فإنه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى، وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن نزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمسين الآخرين. وأظن أبا الخطاب لو علم انقضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد. قال شيخنا ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسئلة على ما ذكرنا أولا (ومن مسائل ذلك) بنت عم لابوين وبنت عم لأب، المال الاول. بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك

ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخشى إلا أنه لا يمكن اعتباره بماله ،
فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخشى المشكل في ميراثه وأحكامه
كلها والله تعالى أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وابن الملائنة ترث أمه وعصبتها فاز خلف أما وخالا فلا أمه الثالث

وما بقي فللخال)

وجعلته أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما اتفى ولدها عنها ونقطع تعصبيه
من جهة الملائنة فلم يرث هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ويقطع التوارث
بين الزوجين ، لأنه لم يبين أهل العلم في هذه الجملة خلافاً ، وأما إن مات أحد من قبل تمام اللعان من
الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور ، وقال الشافعي رضي الله عنه إذا كمل لزوج لعانه لم يتوارثا
وقال مالك إن مات لزوج بعد لعانه فإن لاعت المرأة لم ترث ولم تحدد ، وإن لم تلان ورثت وحدت
وإن ماتت هي بعد لمان لزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه ، وإن تم اللعان بينهما
فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما فتيه روايتان

(أحدهما) لا يتوارثان وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي

وداود لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع

بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك : بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلة ،
وللثانية عند أهل انقراة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً .
بنت عم وابن عم المال لبنت العم عند الجمهور . وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العم سهم .
بنت بنت عم وبنت ابن عم . المال لهذه عند الجمهور ، وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عم من أبوين وبنت
عم من أم ، لبنت الأم السدس ، ولبنت العم النصف ويرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث
بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهما على ستة فإن كان مهن بنت عم من أبوين أو اب
ورثت المال دونهن

﴿ مسألة ﴾ (فإن أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فلا صار

أكل وارث فهو لمن أدلى به)

إذا لم يسبق بعضهم بعضاً فإن سبق بعضهم بعضاً فالسابق إلى الوارث أولى كبنت بنت بنت وبنت
أخ لام المال لبنت بنت البنت لأن جدتها تسقط الأخ من الأم ، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ
والقول الأول أولى ، وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيأخذ نصيبه سواء سقط

(والرواية الثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفرقة ، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور . وقال أبو حنيفة وصاحباؤه إن فرق بينهما بعد أن تلاعن ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث

ولنا أنه تفرق قبل تمام اللعان فأشبهه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد فأصحح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفرق الحاكم لأن اتقاء به فيه لا يقول الحاكم فرقت بينهما فإن لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفراش وإن لم يذكره في اللعان لأن النبي ﷺ نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حلالا في البطن فقال النبي ﷺ « انظروها فإن جاءت به أحيمر كأنه وحره حش الساقين فلا إراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به جعدا جاليا خدج الساقين سابغ الالبين فهو الذي رميت به » فأتت به على النعت المنكروه

إذ ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) أن عصبته عصبته أمه . نقلها الأثرم وحنبلي يروى ذلك عن

القريب أو لم يسقط إذا كانوا من جهة واحدة كخالة وأم أبي أم الميراث للخالة لأنها تلقى الأم بأولى درجة ، وإن أسقط بعضهم بعضا كابن الأم والاختول فأسقط الاختوال لأن الأب يسقط الأخيرة والاختوات . وقل عن أحمد جماعة من أصحابه في خلة وبنت خالة وبنت ابن عم الخلة الثالث ولابنة ابن العم اثنتان ولا تهطل بنت الخالة شيئا

ونقل حنبلي عنه أنه قال : قال سفيان قولا جسا إذا كانت خلة وبنت ابن عم تهطل الخلة ثلاث وبنت ابن عم اثنتين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح وقال ضرار بن صرد إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى تلحقه بلوارث ، وقال سائر المنزلةين الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الأسبق إذا كانا من جهة واحدة إلا نعينا ومحمد بن سالم فإنها قالا في عمه وبنت عمه المال بينهما نصفين .

(فصل) فإن انفرد واحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم فإن كانوا جماعة فأدلووا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال قلما لا المخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة وهذا قول عامة المنزلةين إلا أنه حكى عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الأم خاصة أنهم آमतوا الأم وجعلوا نصيبها لورثتها ، وبسمى قولهم قول من آमत السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي

علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي، الحكم
وحامد وإشهرجي والحسن بن صالح إلا أن علياً يحمل ذا السهم من ذوي الارحام أحق بمن لا سهم له ،
وقدم الرد على غيره (والرواية الثانية) ان امه عصيته فان لم تكن فعصبتها عصيته نقله أبو الحارث
ومنها وهذا قول ابن مسعود وروى نحوه عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ان النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعة لأمه ولورثتها من بعدها . ورواه أيضاً مكحول عن
النبي ﷺ مرسل . وروى واثله بن الأستعم عن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاثة موارث : عتيقها
واقطعها وولدها الذي لاغت عليه »

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال كتبت الى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد
الملاعة لمن قضى به رسول الله ﷺ فنكتب إلي اني سألت فأخبرت انه قضى به لأمه ، هي بمنزلة
أبيه وأمه . رواه أبو داود ، ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامها في حيازة
ميراثه ، ولان عصبات الام أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الاب معه . وكان زيد بن ثابت يورث
من ابن الملاعة كما يورث من غير ابن الملاعة ولا يحملها عصبة ابنها ولا عصبتها عصيته فان كانت
أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها المولاها فان لم تكن مولاة جعله لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه
وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وساجان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهرى وربيعه وأبو الزناد

الارحام فعلى قولهم يكون للإخالة نصف ميراث الام لانها أخت ، لام أبي الام السدس لانها جدة والباقي
لابن الحال لانه ابن أخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم أم الام دون ابن عم الام بغير خلاف
أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم ان المال للجد لانه أقرب ، ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم
أمها دون أبي أمها . خالة وأم أبي أم وعم أم مال للإخالة وعندهم للإخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم ، فان لم
يكن فيها عم أم فالمال بين الحالة وأم أبي الام على أربعة ، فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الحالة وعمها
نصفين . ابن خالة وابن عم أم المال لابن الحالة وعندهم لابن عم الام
(مسألة) (والجهات أربع الابوة والامومة والبنوة والاخوة)

قال شيخنا لم أعلم أحدا من أصحابنا ولا من غيرهم عدا الجهات وبينها إلا أبا الخطاب فانه عدها خمس جهات
الابوة والامومة والبنوة والاخوة والعمومة ، وهذا يفضي إلى أن بنت العم من الام وبنت العممة تسقط بنت العم من
الابوين . قال شيخنا ولم أعلم أحدا قال به وقد ذكر شيخنا في المغني أنه قياس قول محمد بن سالم لانها تعد درجتين
بمنزلة الاب والاب يسقط العم ، وكذلك بنت العم من جهة الاب وبنت العم من جهة الأم ، والصواب إذا
أن تكون الجهات أربعة الابوة والامومة والبنوة والاخوة ، إلا أنا إذا جعلنا الاخوة جهة أفضى إلى
إسقاط بنت الاخ وبنت الاخوات وبنوهن بنات الاعمام والعمات وهو بعيد أيضاً لان الاخ يسقط

[illegible]

الآخرى لها الباقي بالنصيب وإن كان مع الام عصبه لها قول يكون الباقي لها أولاً؟ على روايتين وإن كان لها عصبات فهو لأقربهم منها على رواية الحرقى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وإن كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصين، وإن كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي لأخيه أو ابن أخيه، وإن خلف أمه وإخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن أخته فللاخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الأخرى الباقي للام في هذه المواضع.

(فصل) ابن ملاعة مات وترك بنتاً وابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (إحداهما) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود، فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والآخرى هو الام، فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والآخرى هو اللام: بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أب أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم. وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد. وروى عن علي عليه

أيضاً. ابن أخت وابن عم لام الميراث بينهما ومن ورث الأقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة لأنها من ولد أبوي الميت ولان العم للام من ولد أبوي أبويه. بنت عم وبنت عم اب هو للأولى عند الجميع إلا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وام أبي ام المال بينهما على أربعة. بنت بنت بنت وابو ام اب مثلها عندنا وعند من ورث الأقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة. للأولى النصف في الأولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الأقرب الكل للعمه أو للخالة

(فصل) في عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما، مذهبتنا تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يباحق بوارثه إن كانا من جهتين. ثم يجعل لمن أعلى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال، والمشهور عند أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك

(ومن مسائل ذلك) ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات لخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ويسقط أعمام الام لانهم بمنزلة أبي الام وهو غير وارث فإن كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهم بمنزلة الجد. عمه أب وعمه ام لعمه الام الثلث والباقي لعمه الاب هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق

السلام أنه جعل ذاك السهم أحق ممن لا سهم له ، وأنه ورث بن ابن الملائنة فوي أرحامه كما لا يرثن من غيره . قال ابن القبان وابس هذا محنوظا عن علي وإنما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وإن جنى جناية فمليك ، وفسر القاضي قول أحمد إن لم تكن أم فمصبتها عصبة بتقديم الرد على عصبة الأم كقوله في أخت وابن أخ المال كله للأخت وهذا تفسير الكلام بضد ما يقتضيه وحل اللغز على خلاف ظاهره وإنما هذه الرواية كذهب ابن مسعود ورواية الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا عصبة ابن الملائنة أمه ترث ماله أجمع فإن لم تكن أم فمصبتها عصبة : امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس والاختين الثلث والباقي لابن الأخ في الروايتين جميعا . وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الاختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الأخ وحده ويحتمل أن يكون لاب الأم سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الأخ ، وقال أبو حنيفة المال بين أم الأم والابنت على أربعة بالفرض والرد (فصل) فإن لم يترك ابن الملائنة ذاك سهم فمال أمه في قول الجماعة . وقد روي ذلك عن علي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذري الأرحام كيراث غيره ورووه عن علي عليه السلام وذلك مثل دخل وخالة وابن أخ وأخته المال المذكور ، وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المثلثين نه فبن : خالة لاب وام وخال لاب المال للخال . وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما

وقال القاضي المال لعمه الأب لأنها أسبق لكونها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المنزلين لأنهم يورثون الأسبق بكل حال . خالة أم وعمه أب للخالة السدس والباقي للعمه لأنها كجد وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته . خالة أم وخالة أم أب المال لحالة الأم لأنهما بمنزلة أم أم وأم أم أب . خال أب وعم أم المال للخال لأنه بمنزلة جدة . والجدة بمنزلة الأمهات . بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الأسبق جعل الكل لبنت العم . أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فإن كان معهما أبو أم أم فهو بينهما نصفين لأنهما بمنزلة جاتين متحاذيتين : أبو أم أبي أم وأبو أبي أم أم المال للثاني لأنه أسبق فإن كان معهما أبو أم أبي أب فالمال له لأنه بأول درجة يلقي الوارث . أبو أم أبي أم أم أبي الأم الثالث والباقي للأب فإن كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فإن كان معهما أبو أم أب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(مسئلة) (ومن امت بقراتين ورث بهما باجماع من المورثين) الا شيئا يحكى عن أبي يوسف أنهم لا يرثون الا بقرابة واحدة ، ولا يصح عنه ولا هو صحيح في نفسه لأنه شخص له جهتان لا يرجع بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخا لأم ، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرأتين كشخصين فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى لابن اثنتان وللبنت الثالث فإن كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف

على أربعة ، وإذا لم يخلف ابن الملاعنة إلا ذارحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما تقدم شرحه

(فصل) وإذا قسم ميراث الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة وقال أبو حنيفة لا يلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه والآخري الباقي فيلحقه نسب الباقي والميت ما رقد مضي الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المتني بالهوان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم يذنه فمات أحد التوأمين فميراث توأمينه كغيره لا يورث في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمينه ميراث ابن لابوين لأنه أخوه لابوين بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه وإنما انهم اتوأمين لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه فأشبهوا توأمين الزانية ولا خلاف في توأمين الزانية وفارق هذا ما إذا استأحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه

(فصل) قولهم إن الأم عصبة ولدا ما إذا عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الأخريات مع البنات فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره وهذا قول الأكثرين وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ، وإن بنى فمليككم ، وروى هذا عن عبد الله وإبراهيم

والثالث ولاخته السدس وهذا قول أدثر المترين روى أبو حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس ولاخته الخمس . بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب بنت أخت من أبوين هي من اثني عشر بنتا لبنت الأخت من الأبوين وأربعة لذات القربتين من جهة أبيهما ولهما سهم من جهة أمهما وللأخرى سهم . عمتان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القربتين خمسة وللممة الأخرى أربعة وللخالة من الأبوين ثلاثة فإن كان معهما عم من أم وهو خال من أب صحت بن سهمين . ابن وبنت ابن همة من أم البنت هي بنت هم من أم ولهم هو خال من أب . ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

(مسئلة) (فإن اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محبوب ولا معارل)

قال شيخنا لا أعلم خلافا عن ورثتهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل ميراثه من غير حجب ولا معارلة لأن الله سبحانه فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذري الأرحام وهم غير منحصرين عليهما وقسمت المال بينهم كما لو انفردوا

وروي ذلك عن إمامنا وبه قال أبو عبيد ومحمد بن الحسن والولوي وعامة من ورثتهم وبمقتضى أن يقسم الباقي عن فرض الزوج كما يقسم بين من أدلوا به مع أحد الزوجين على المحجب والعول فيه فرض

ولنا أنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات، فاما ان أعتق ابن الملاعة عبداً ثم مات المولى وخلف ام مولاة وأخا مولاة احتمل أن يثبت لهما الارث بالولا. لان التعصيب ثابت، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل أن لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولا. الا من أعتقن أو أعتق من أعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات وعن عصبين أخرهن من الاناث

(فصل) في ميراث ابن ابن الملاعة اذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعة فلأمه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي، وعلى الرواية الاخرى الباقي لام أبيه لانها عصبه أبيه وهذا قول ابن مسعود. وبما يابها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها، وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي، وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقي المال لام أبيه: أم ام وخال أب لام الام السدس، وفي الباقي القولان (أحدهما) أنه لما بالرد (والثاني) لخال الاب، وفي قول علي الكل للجدة: خال وعم وخال أب وابو ام أب المال للعم لانه ابو الملاعة فان لم يكن عم فلأبي ام الاب لانه ابرها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فلخال لانه ذو رحمه: بنت وعم لابنت النصف والباقي للعم، وفي قول علي الكل لابنت لانه يقدم الرد على توريث عصبه أمه: بنت وأم وخال المال بين البنت والام

لزوج سهمه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وهذا قول يحيى بن آدم وضرار: وانما يقع الخلاف في مسألة فيها من يدلي بذوي فرض ومن يدلي بعصبه فأما إن أدلى جميعهم بذوي فرض أو عصبه فلا خلاف فيه، فنقول في زوج وبنت بنت وبنت أخت لا بويين أو لاب للزوج النصف والباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة على القول الاول وعلى الثاني من ستة للزوج ثلاثة ولبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم زوجة وابنتا ابنتين وابنتا أختين للزوجة الربع ولبنتي البنيتين ثلثا الباقي وهو النصف ولبنتي الاختين الباقي وهو الربع وتصح من ثمانية، وعلى قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من ثمانية للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وليس لها ثلثان فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين للزوجة الثمن ولبنتي البنيتين الثلثان ستة عشر والباقي لبنتي الاختين وهو خمسة، ثم تعطى الزوجة الربع وتنقسم الباقي على أحد وعشرين لبنتين ستة عشر ولبنتي الاختين خمسة، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع فأكملها بان تزيد عليها ثلثا تكن ثمانية وعشرين للزوجة سبعة وللبنتين ستة عشر يبقى خمسة لا تنقسم على بنتي الاختين فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين ومنها تصح. زوج وبنت بنت وخاله وبنت هم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنتين ستة وللأم سهمان يبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف ويجمع سهام الباقيين وهي تسعة لهم النصف فتصح من ثمانية عشر، فان كان مكان لزوج امرأة فعلى القول الاول للمرأة الربع والباقي بين ذوي

على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لأنه ليس بعصبة الملائنة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لأنه عصبة الملائنة، فأما ابن ابن ابن الملائنة فإذا خلف عمه وعم أبيه فالأصل لعمه لأنه عصبة وهذا ينبغي أن يكون إجماعاً، وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الأب أولى لأنه ابن الملائنة وهذا غلط بين لأن العصبات إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آباءه، وإن خلف ثلاث جـدات متعاضيات فالسـدس بينهما والباقي رد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي، وفي الثانية لام أبي أبيه وهو قول ابن مسعود، وإن خلف أمه وجدته وأبيه فلامه الثالث ولا شيء لجدته، وفي الباقي روايتان أحدهما يرد على الأم (والثانية) لجدته أبيه، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالأصل للخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء للخال أبيه، أما ولد بنت الملائنة فليست الملائنة عصبة لهم في قول الجميع لأن لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملائنة، ولو اعتقت بنت الملائنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاهما في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملائنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملائنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال: عصبة ولد الزنا حائر المسلم بين لأن أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملائنة والجمهور على النسوبة بينهما لا تقطع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملائنة يلحق بالأم إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق إلا في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطي إذا قيم عليه الحد ويرث، وقال إبراهيم ببلحته إذا جلد الحد أو دملح الموطوءة، وقال اسحق ببلحته، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا يرى

الأرحام على ستة وهي توافق باقي مسألة الزوجة بثلاث فتردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية للمرأة سهماً ولبنات البنات نصف الباقي ثلاثة وللخاله سهم ولبنات العم سهماً، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الأرحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بثلاث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين وثلاثاً تصح امرأة ثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين. امرأة وبنات بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات

(مسألة) (ولا يعزل من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها)

وهي خلة أو غيرها ممن يقوم مقام الأم أو الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفرض قلها من ستة للخالة السدس ولبنات الاختين من الأم الثلث ولبنات الاختين من الأبوين الثلثان أربعة تعزل إلى سبعة لأن العزل لزائد على هذا لا يكون إلا لأحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الأرحام

بأما إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع علمها ويستتر عليها وأولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيها إذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره

﴿مسئلة﴾ قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا عمه لو كان يشتري من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاووس أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككتبه وكما لو وصى له ولأنه نصح الوصية له فيرث كالحل ولنا أن فيه نقضا من كونه موروثا فنعم كونه وارثا كالمرتد وبفارق الوصية فإنها نصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين . وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كذا أثر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم . وأجمعوا على أن المملوك لا يرث وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك، ومن قال أنه يملك بالتأليك فما كان ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام «من باع عبداً وله

(باب ميراث الحمل)

﴿إذا مات عن حمل يرثه وطالب بنية الورثة بالفحمة وقتت له نصيب ذكرين از كان نصيبهما أدنى وإلا وقتت له نصيب ابنتين﴾

وجملة ذلك أن الإنسان إذا مات عن حمل يرثه وقف الأصحاب حتى يتبين فإذ طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف بين العلماء إلا ما حكي عن داود، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينتقصه كل ميراث، وإلى من ينتقصه أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه البقي وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك وبجي بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء . لأن الحمل لا أحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل البصرة قال لما ولد لي ولد فأنبئني على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وهي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم تصرع قال وصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به فيقال صرعك سبع رجل

مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ، ولأن السيد أحق بمناعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته
ومن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي
وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي

(فصل) ويرث الأسير الذي مع الكفار إذا علت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن
المسيب فإنه قال : لا يرث لأنه عبد ، وليس بصحيح لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر فهو باق
على حرته فيرث كما طلق

(فصل) والمدبر وأم الولد كالتن لانهم رقيق بدايل أن النبي ﷺ باع مدبراً . وأم الولد
مملوكة يجوز أن يزوجها أو يوطئها بحكم الملك وتزويجها وإجارتها، وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما
ينقل الملك فيها أو يراد له كالمهر

(فصل) فأما المكاتب فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يرث . وإن ملك قدر ما يؤدي
ففيه روايتان (أحدهما) أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يرث يروي ذلك عن عمر وزيد بن
ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور ، وعن ابن
الطيب وشرح الزهري ونحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن
النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب
على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير

قال شيخنا وقد أخبرني من اثنى به سنة ثمان وسمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال :
ولدت امرأتني في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكراً وإناثاً ، قل وكان بدمشق أم ولد لبعض
كبرائها فتزوجت بعده من كان يقرأ عليها وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غير الشافعي هذا نادر
لا يعمل عليه فلا يجوز من الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل .

(فصل) واختلاف القائلون بالوقف فيما يوقف فمن أحد أنه يوقف نصيب ذكراً وإن كان ميراثهما
أكثر أو نصيب أنثيين إن كان أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والشافعي وقال شريك يوقف نصيب
أربعة فاني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى وأظن الرابع
اسماعيل وروى ابن المنذر هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي ، وقال الليث وأبو
يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمير من الورثة

ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد فلم يجز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليها نادر فلم يوقف
له شيء . كالخامس والسادس

(مسئلة) (فأذا وضع الحمل دعت إليه نصيبه ودعت الباقي إلى المستحقة ، وإن كان يرث الموقوف
كله أخذه ، وإن أعرز شيئاً رجع على من هو في بدء)

فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة ان النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته »
وقال القاضي وأبو الخطاب : اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب ايفاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) انه اذا هلك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فليس له بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحد اكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه »

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشرح يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته ، فان فضل شيء كان لورثة المكاتب ، وروى نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكاً جعل من كان معه في كتابته أحق من لم يكن معه . قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه . وجعله أبو حنيفة عبداً مادام حياً فاذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته . وروى عن عمر رضي الله عنه انه قال قال علي المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فليهم أدى النصف فلا رق عليه . وعن علي عليه السلام اذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذا

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن ، وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ، ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي ، فان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ، ومتى زادت افروض على ثلث المال فميراث الاناث أكثر ، فاذا خلف أبوين وامرأة حامل فالمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ويستوي ههنا قول من وقف نصيب اثنين وقول من وقف بين أربعة وقول أبي يوسف تعطى المرأة ثمناً كاملاً والأبوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمين ، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل ضمين من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتمال أن تعول المسئلة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين وبين مائة وعشرين باثلاث ويضرب ثلث احداها في الاخرى تسكن الفاً وثمانين للبنت ثلاثة عشر في تسعة ، مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية ، لزوج ثلاثة ، وللأم سهم ويقف أربعة وقال أبو يوسف ندفع إلى الام سهمين ونقف ثلاثة ونأخذ منها ضميناً ، هكذا حكى عنه الخبري وإن كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يعط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوجة الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف ، وقال

أدى الشطر فهو غريم وعن ابن مسعود وشرح نحوه ، وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم
وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم
وعن علي رضي الله عنه قال تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم . يعني يعتق منه بقدر ما أدى
وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى . وقد روى حماد بن سلمة عن أبيوب عن عكرمة عن
ابن عباس عن النبي ﷺ قال « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما اعتق منه وأقيم
عليه الحد بحساب ما اعتق منه » وفي رواية « يودي المكاتب بقدر ما اعتق منه دية الحر وقدر مارق
منه دية العبد » قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روى حديث
ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلًا والحديث الذي روينا لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً
من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولاً وأولى والله أعلم

(مسئلة) قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجعلته ان المعتق بعضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فان كان كسبه بجزئه الحر مثل
ان كان قد هباً سيده على منفعة فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فان الميراث انما يستحقه بجزئه الحر
أر كان قد قام سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لملك باقيه فيها وقال قوم جميع ما خلفه بينه

أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، ويقف السدس بين الجد والام ولا شيء
للحمل لان الجد يسقطه ، وأبو يوسف يجعها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم . وحكي عن شريك
أنه كان يقول تعول على الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فتكون عنده من تسعة تقف منها أربعة ولو لم يكن
فيها زوج كان الام السدس ، وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد
الثلاثان ، وللأم السدس ، ويقف السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما
ثلثاً ويؤخذ منهما ضمير ، ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل
هي أم لا ؟ كذا يروى عن علي وعمر بن عبد العزيز والشامي والنخعي وقتادة في آخرين فان وطئها
قبل استبرائها فأت بولد لأقل من ستة أشهر ورث لانا نعم أنها كانت حاملاً به وإن ولدته لأكثر من
ذلك لم يرث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً يوم موت ولدها .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا استهل المولود صار خا ورث وورث وفي معناه العطاس والتنفس
والارتضاع وما يدل على الحياة ، فاما الحركة والاختلاج فلا يدل على الحياة)

وجملة ذلك أن الحمل لا يرث إلا بشرطين (أحدهما) انه كان موجوداً حال الموت وبعلم ذلك
بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر فان أتت به لأكثر من ذلك وكان لها زوج أو سيده يطؤها لم يرث
إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت وإن كانت لا توطأ لعدم الزوج أو السيد أو لغيرتهما

وبين سيده قال ابن اللبان هذا غلط لان الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه، فاما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا انقسما كسبه فللمالك باقيه من تركته بتدريسه ملكه فيه والباقي لورثته، وان مات له من يرثه فانه يرث وبورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحزبه الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يرث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم بماله للمالك باقيه قول ابن اللبان هذا غلط لانه ليس للمالك باقيه على ما عتق منه ملك ولا رلاء ولا هو ذورحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ومن مات شيئا وبه قال طارس وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في تورثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحامد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والوفازي ويحيى بن آدم وداود، وقال أبو حنيفة ان كان الذي يعتق استعصى العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولا ثوان كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذي اعتق بعضه

أو اجتنابها الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل وهي أربع سنين في إحدى الروايتين، وفي الأخرى سنتان (الشرط الثاني) أن تضعه حياً فان وضعه ميتاً لم يرث في قول الجميع. واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة فاتفقوا على أنه اذا استهل صارخاً ورث وورث، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استهل المولود ورث، وروى ابن ماجه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخاً، والمشهور عن أحمد أنه لا يرث حتى يستهل، روي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعه ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد واسحاق لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «إذا استهل المولود ورث» أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سريقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس «إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديتة وسمي وصلي عليه وان وقع حياً ولم يستهل صارخاً لم تمت ديتة وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة» وانما سمي الصراخ من الصبي استهلالاً تجوزاً، والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً

ولنا ما روى عبدالله بن احمد حدثنا الرمي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه ويرث ويورث على قدر ما اعتق منه؛ ولأننا يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياما لأحدهما على الآخر. إذا ثبت هذا فالتفريم على قولنا لأن العمل على غيره واضح. وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه، وإن كان عصبية نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطى بقدر ما فيه منها، وإن كانا عصبيتين لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما هرثيه وجهان (أحدهما) تكل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ماني الآخر منها فإن كل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن حر لأن نصفه شيء كامل، ثم قسم ما ورثاه بينهما على قدر ماني كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما حرأ وثلث الآخر حرأ كان ما ورثاه بينهما اثلاثا وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما، وإن زاد على حر واحد وكان الجزء أن فيهما سواء. قسم ما يرثاه بينهما بالسهولة، وإن اختلفنا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال الا كثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه، وتوجه الآخر لأن كل الحرية فيهما لأنهما لو كانت لم يظهر لفرق أثر وكا في ميراثهما كالحرين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضا والصحيح أن الحرية لا تكل ههنا لأن الشيء لا يكمل بما يستقطعه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض على مثل تنزيل الخطاب وقال أبو يوسف

لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به. وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل، فقيل له ما الاستهلال؟ قال إذا صاح أو عطس أو بكى، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبهه الصراخ، وعن أحمد رواية ثالثة إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام الحياة وهذا قال الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، فاما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة، فإن اللحم يحتاج إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك وإن لم تكن فيه حياة، ثم إن كانت فيه حياة فلا يه لم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت.

(مسئلة) (وإن خرج بعضه فاستهل ثم انفصل ميتا لم يرث)

وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه إن خرج أكثره فاستهل ثم مات وورث، لقوله عليه

الصلاة والسلام «إذا استهل المولود ورث»

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبهه مالومات قبل خروج أكثره، وعنه يرث الحديث المذكور ولأنه قد علمت حياته، والاولى ظاهر المذهب لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حي أشبهه مالومات في بطن أمه

بعضه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو إبيت المال ان لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حرأ كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الأصغر وحده حرأ كان له كذلك ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباحلة وعلى الثاني ينقسم النصف بينهم على ثمانية

وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين ، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال ومنه ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسم المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فتعطيه ثمن ذلك وهو سدس ومن يعطى من ثلثه حر ثلثه وهو تسع ونصف سدس : ابن حر وابن نصف حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي لحر فيكون لحر ثلاثة أرباع والآخرا ربع ، ولو نزلتم بأحوال أفني إلى هذا لأن لحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع والآخرة نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو

(مسألة) (وان ولدت توأمين فاستهل أحدهما واشكل ، أفرع بينهما ، فمن خرج سهمه فهو المستهل) إذا أشكل أحد التوأمين أيها المستهل ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كان ذكرأ وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي من أصحابنا من قال يفرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات ، وكذلك النسوة إذا أراد السفر بإحدهن أو البداية بالقسم لها فانه يفرع بينهما ، وقال الخبزي ليس في هذا من السلف نص ، وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالتين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكرأ وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه . فقل ان كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر ، لام الميت ثلاثة ، ولأم الولد خمسة ، وللم عشرة ، وإن كانت البنت المستهل فالمسئلة من ستة وموت البنت عن ثلاثة ، لأمها سهم ، ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر ، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من ستة مضروب في ثلاثة فسدس الأم لا يتغير ، وللم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد ، فهذا اليقين فيأخذها ، ولأم الولد خمسة في سهم ، وسهم في ثلاثة ، فيأخذها ويقف سهمين بين الأخ

خاطبتهما لقات لحر لك المال لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبتك بحريته عن النصف فنصفها بحجبتك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الأول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل اثنتان بينهما أثلاثاً وبالحطاب تقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتم حريين كان لك النصف فقد حجبتك بحريته عن النصف فبئسها بحجبتك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بالقي حريته خمسة أسباع، ويتال للآخر بحجبتك أخوك بثنائي حريته عن ثنائي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث حريتهم ثلث ذلك وهو التسمان ويبقى التسمان للعصبة إن كان أودى رحم فان لم يكن ففي بيت المال: ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدس في الحطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أففى قوله إلى أن له أربعة أخماس المال ولها الخس فان كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتزويل والاحوال قال للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وإن شئت قلت إن قدرناهما

وأم الولد حتى يصطاحا عليهما، ويحتمل أن يقسم بينهما. امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فاستلثان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة فان كان معهما بنت فكل واحدة من المستلثين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر. امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فان كان المستهل الآخر فهي من ستة وثلاثين فان كانت الاخت فهي من ثلاثة عشر، والمستلثان متباينتان فاضرب احدهما في الاخرى تكن أربعاً وعشرين وستين وكل من له شيء من احدي المستلثين مضروب في الاخرى فيدفع إلى كل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم، وخمسة بين الام والعم، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع إلى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر سهماً، أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم (فصل) اذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أودى من الأول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه، لان الاصل عدم استهلاله فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه، وقال الفرضيون تعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي

حرين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وان قدرنا الابن وحده حراً فلما له وان قدرناهما رقيقتين فاللأصل للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحول تكن أربعة وعشرين فللأب المال في حال ستة وثلاثاء في حال أربعة صار له عشرة وللبنات النصف في حال الثالث في حال خمسة وللأصل المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت للبنات في حال حريتهما المال كله بالفرض والرد فيكون لهما مال وثلاث فتجعل لهما ربع ذلك وهو الثلث ، فان كان معهما امرأة وأم حرتان كانت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ، ومن ورث بالاحوال والتزويل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والثالث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثالث وثمان والمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن والابن الباقي في حال وثلاثاء في حال فله ربع ، وللبنات ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربع ، وان لم يكن في المسئلة عصبة فللبنات بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس ونصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهمها للام منها ستون والمرأة خمسة وأربعون وللأب خمسة وثمانون وللبنات ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة رابع الباقي

من مسائل ذلك أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهات احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدراهل استهات الاخرى أو تكررت واحدة؟ فقل إن كان منهما جميعاً فقد ماتت عن أربعة من ستة ولا يعلم أولها موتاً فحكما حكم الفرقى فمن ذهب إلى أنه لا ترث احدهما من الاخرى قال قد خلفا أما وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير من ستة وثلاثين الأم اثنا عشر والاخت كذلك وللم تسعة وتقف ثلاثة تدعي الأم منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدراهل هو؟ فان كان الاستهلال تكررت من البنات فهي الا كدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين وان تكررت من الاخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة للجد منها سهم وان كان منهما فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة وللجد خمسة والثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالانساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الا كدرية أربعة وخمسون وللأم تسعة المال من مسئلة استهلالهما معا ستة وثلاثون وللجد السدس من مسئلة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة واربعون يدعي منها الزوج سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها

وقول ابن الابن لهما ستة عشر من ثمانية وأربعين لأنهما لو كانا حريين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط لأن جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعة، ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفردا النصف بينهم من غير زيادة: ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حران قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وإن قدرناه حرّاً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحد الابن حرّاً فله خمسة أسداس فتجمع ذلك فتجوز ثلاثة أموال وثلثان فله ثلثها وهو ربع سدس والاب المال في حال وثلاث في حال وسدس في حالين فمن ذلك ربع والام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن واليه في العصبية، وإن عملتها بالبسط قلت إن قدرناهم أحراراً فهي من ستة وإن قدرنا الابن واحد حرّاً فهي من سهم فكذلك الاب وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الاب أو مع الام فهي من ستة وإن قدرناهم رقيقاً قلنا للعصبية وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الأحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين والابن المال في حال ستة وثلاث في حال أربعة وخمسة أسداس في حالين عشرة فذلك عشرون سهماً من ثمانية وأربعين والاب المال في حال ستة وثلاث في حال وسدس في حالين وذلك اثنا عشر والام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منهم حراً زدت على الستة نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع والاب

الجسد سبعة وثلاثين وتقول الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجدة يقران لها بها .

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون ذكراً مثل أن يكون من جد الميت أو عمه أو أخيه مثال ذلك بنت عم وعم وامرأة أخ حامل للبنت النصف والباقي موقوف في قولهم جديماً أم وعم وامرأة جد حامل للام الثلث ولعم تسعة أم وبنت وامرأة أخ وامرأة عم حاملان للام السدس وللبنت النصف ويوقف ثلث فان ولدت امرأة العم ابناً لم يعط شيئاً لجواز أن تلد الأخرى ابناً وان ولدت امرأة الاخ أو لا ابناً أخذ الموقوف

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون أنثى

مثاله زوج وأخت لابوين وامرأة أب حامل يوقف سهم من سبعة فان ولدت أنثى أو إناثاً أخذته وان ولدت ذكراً أو ذكريين أو ذكراً وأنثى اقتسمه الزوج والاخت وكذلك ان تركت أختالاب لم يدفع اليها شيء لجواز أن تلد ذكراً فيسقطهما زوج وأبوان وبنت وامرأة ابن حامل تقف سهمين من خمسة عشر فان ولدت أنثى أو إناثاً أخذتهما وإلا رجعت على الورثة فقسمته بينهم على ثلاثة عشر ورجعت المسألة إلى ذلك وكذلك إن كان معهم بنت ابن جد وأم حامل من الاب من ثمانية عشر تأخذ الام ثلاثة والجدة خمسة ويوقف عشرة فان ولدت ذكريين فالعشرة لهما وان ولدت اثنتين

اثنا عشر وهي السدس واللام ستة وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة إلى اثنين وسبعين وإن كان ربع كل واحد منهم حرّاً زدت على الستة مثلاً وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حرّاً اللام الثمن وللأب الربع وللأبن النصف، ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللأبن النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فإن كان بدل الأم اختار حرة فأما النصف وقيل لها نصف الباقي لأن الأبن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فإن كان نصفها حرّاً فلها الثمن على هذا القول وعلى الأول لها الربع وإن كان مع الأبن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وإن كان معه عصبية حر فله الباقي كله .

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع إلا الثوري قال لابن الابن الربع لأنه محجوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثاني حرّاً فله الربع فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأعلى النصف والثاني النصف ولأن فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لا شيء . الثاني والثالث لأن ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فإن كان معهم أخ حرّاً أو غيره من العصبات فله الباقي وإن كان نصفه حرّاً فله نصف ما بقي إلا على القولين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر للأعلى النصف والثاني ثلث الباقي وهو السدس والآخر ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر لابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للآخر ثلاثة أخوة

فأما من العشرة سبعة ونصف وللجد اثنان ونصف وإن ولدت ذكراً وأنثى أخذ الجدة من العشرة سهماً وللذكر ستة والانثى ثلاثة وإن ولدت أنثى أخذ الجدة من العشرة ثلاثة والانثى أربعة وللأم ثلاثة وإن ولدت ذكراً أخذت الأم ثلاثة وأخذ الجدة سهماً والآخر ما بقي وإن لم تلد شيئاً أخذت الأم ثلاثة والجدة ما بقي وإن كان معهم زوج فهي من ستة للزوج ثلاثة وللأم سهم وللجد سهم وبوقف سهم وإن ولدت ذكراً فالسهم لهما وتصح من اثني عشر وكذا إن ولدت ابنتين وإن ولدت ذكراً فالسهم للأم وتصح من ستة وإن ولدت أنثى فهي الأكدرية وإن ولدت ذكراً وأنثى فالسهم الباقي بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وإن لم تلد شيئاً أخذت الأم السهم

باب ميراث المفقود

وهو نوعان أحدهما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالناجر والسائح وطالب العلم ولم يعلم خبره ففيه روايتان أحدهما ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد وهذا قول عبد الملك ابن الماجشون لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا والرواية الثانية لا يقسم ماله ولا تزوج امرأته حتى يعلم موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتihad الحاكم وهذا قول الشافعي ومحمد

مفتريقين نصف كل واحد حر الاخر من الام نصف السدس والاخر من الابوين نصف الباقي والاخر من
 الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية وأربعين الاخر من الام أربعة والاخر من الابوين اثنان وعشرون
 والاخر من الاب امد عشر وعلى القول الآخر الاخر من الام نصف السدس والاخر من الابوين النصف والاخر
 من الاب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للاخر من الام والاخر من الابوين اربع والاخر من
 الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخر من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً
 فلها الربع والاخر من الام ربع السدس والاخر من الابوين نصف الباقي والاخر من الاب نصف الباقي
 (فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد
 والباقي لقوي الرحم فان لم يكن فليت المال فان كان معها أم حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها
 عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وان كان معها أخ
 من ام فله نصف السدس وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الابن
 النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من
 ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية وان كان ثلثه حراً فله ثلثه وإن كان معها بنت
 أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جهم الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً ونصف
 حرية نصف كمال اثنين وفي الخطاب والتنزيل للحررة ربع وسدس وللأخرى سدس لان نصف

ابن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لا يضاف
 اليه إلا بالتوفيق ولا توفيق هنا فوجب التوقف عنه وقال عبد الله بن الحكم لينتظر به تمام سبعين
 سنة مع سنة يوم فقد ولعله يحتاج بقول النبي ﷺ «أعمار أمتي ما بين السنين والسبعين» أو كما قال ولان
 الغالب أن لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسعين وقال الحسن بن زياد ينتظر له تمام مائة وعشرين سنة
 وهو قول ابن عقيل فلو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى
 فيقسم ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف
 ورثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصّة من مال موروثه
 الذي مات في مدة الانتظار فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود
 ولم يكن لورثة المفقود قال الأوّلوي وهذا قول أبي يوسف وحكى الخبري عن الأوّلوي انه قال وهو
 الصحيح عندي والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن الأوّلوي فقال لو ماتت امرأة المفقود
 قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقده يوم أو تمت مائة وعشرون سنة لم يورث منه شيء ولم
 يورث منها لانا لا نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقى إنه لا يرث أحدهم من
 صاحبه ويرث كل واحد من الأحياء من ورثته قال القاضي هذا قياس قول أحمد واتفق الفقهاء على
 أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو يوم، واختلفوا في

أحدهما يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فان كان نصفهما رقيقاً ومعهما عصبة فلم ياربم المال وسدسه بينهما لأنهما لو كانتا حرتين كان لهما اثنتان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلم ياربم ذلك وهو ربع وسدس وطريقها بإسقاط ان تقول ولو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة وان كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنتين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة، وإن كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنتين في ثلاثة تكن ستة ثم لكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلاثة في حال سهمان في الاحوال الاربعة تكن اربعة وعشرين صار لها خمسة من اربعة وعشرين واللاخرى مثل ذلك وللعصبة المال في حال والنصف في حالين واثالث في حال ذلك اربعة عشر سهماً من اربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة وإذا لم يكن عصبة نزلت على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنتين نصف كل واحد منهما حر على ماثلناه ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة الاولى الربع والثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين لأنك تقول للسفلى لو كانتا امتين كان لك النصف ولو كانت إحداها حرة كان لك السدس فينبغي لثالث فتحجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه، وفي التزويل لثلاثة نصف الثمن وثلاثة وذلك لأننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان

من مات وفي ورثته مفقود فذهب أحمد وأكثر الفقهاء أنه يعطي كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداها في الاخرى إن تباينت أو في وفقها ان اتفقتا وتجزى بإحداها ان تماثلتا وباكثرهما ان تناسبتا وتعطي كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث إلا من إحداها لا تعطيه شيئاً وتوقف الباقي (النوع الثاني) أن يكون الغالب من حاله اهلاك كالذي يفقد من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة أو في حاجة قريبة فلا يعود أو في مفازة مهلكة كالبحار أو بين الصفين حال الحرب أو في البحر إذا غرقت سفينته ولا يعلم له خبر فهذا ينتظر به اربع سنين لأنها أكثر مدة الحمل فانه لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للازواج نص عليه أحمد وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاة فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وقد روي عن أحمد رحمه الله التوقف عن أمره وقال قد هبت الجواب فيها وكأني أحب السلامة والمذهب الاول ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا إلا أن مالكاً والشافعي في القديم وافقاً في الزوجة أنها تزوج خاصة ولا تظهر من مذهبه مثل قول الباقرين

لها النصف فهذه ثلاثة أحوال من ابنين اثنين ولو كن إماماً كان المال للمعصبة ولو كن أحراراً كان للاولى النصف والثانية السدس والثالث للمعصبة ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فالثانية النصف والثالثة السدس والثالث للمعصبة فهذا أربعة أحوال من ستة سنة والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للمعصبة النصف في أربعة أحوال اثنا عشر وهي الربع والثمانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس والثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهو خمسة وهي نصف الثمن وثلاثة، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون فيهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان والثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها سدس ونصف آخر، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وهم لاتي من قبل الابوين الربع ولاتي من قبل الاب السدس ولاتي من قبل الام نصف السدس، واللام اثنت لانها لا تحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكل الحرية في اثنين وللمم ما بقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة للام اثنت لما ذكرناه، وقال الخبيري للام الربع وحجبها بالجزء كما تحجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلاً وهذا قول ابن الهباز وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلطوني الباب اختلاف كثير ونروع قل ما تنفق وقل ما تنجي. مسألة الا ويمكن عملها بتياس ما ذكرناه.

فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثاليها وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في النوع الاول لانه مفقود لا يتحقق موته أشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما نذكره في العدد ان شاء الله تعالى وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى ولان الظاهر هلاكه فأشبهه ماله مضت مدة لا يعيش في مثاليها.

(مسألة) (وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ودفع الى كل وارث اليقين فان كان حياً أخذ ميراثه ورد الفضل الى اهله وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله الى ورثته وان علم انه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد ايضاً الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتاً هذا الذي ذكره شيخنا في المغني وذكر في هذا الكتاب المشروح وفي الكافي انه يقسم على ورثة المفقود لانه محكوم بحياته فعلى هذا يكون في المسألة روايتان وان علمنا ان المفقود مات ولم ندر متى مات رد الموقوف له الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته فلا نورثه مع الشك واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود إلا الاحياء من ورثته وقد مضى ذكره.

(مسئلة) قال (واذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما باخ فله ثلث ما في يده وإن أقر باخت فلها خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت الذنب بقوله ومن لا يثبت ونذكر ههنا ما يستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيم وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لأنه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكان مأخذه المذكر تاف أو أخذه يد عادية فيستوي في ما بقي، وقال الشافعي رضي الله عنه ودأود لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أحدهما لا يلزمه لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه ففي قدره وجهان كاللذهيين المتقدمين ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه وبد المقر عليه وهو ممكن من دفعه إليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بمعين ولأنه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة وبمعين استحقاقه ما في يده بمضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه إليه وحرم عليه منعه منه كافي سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في

(مسئلة) (ولبقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه)

اختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متيقنة ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالأولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير قال شيخنا والأول أصح إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة متعارض بظهور الموت فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال فعلى هذا يجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك ولأن تجوز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وظاهر قول الوني هذا أنه يقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيب المفقود لا غير وقال بعض أصحاب الشافعي يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن أبوه مفقود والمال في أيدي البنتين فاختصموا إلى القاضي : فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترف البنتان بفقده أو ادعيا موته وإن كان المال في يد إن المفقود لم تعط البنتين إلا النصف أقل ما يكون لهما فإن كان المال في يد أجنبي فأقر بأن الابن

الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئاً ولم تقم البيعة بنصبه
ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء
معين ولأنه حق يتعلق بحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد
الشريكين على العبد بجناية فعلى هذا إذا خاف ابنين فأقر أحدهما باخ ناله مقر له ثلث مافي يده المقر وهو
سدس المال لأنه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف فنفضل في يدي لك السدس
فيدفعه اليه وهو ثلث مافي يده ، وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف مافي يده وهو الربع ، وإن أقر
بأخت دفع اليها خمس مافي يده لأنه يقول نحن اخوان وأخت فللك الخمس من جميع المال وهو خمس مافي
يدي وخمس مافي يد أخي فيدفع اليها خمس مافي يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث مافي يده

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميث ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان
الورثة واحداً أو جماعة وبهذا قل النخعي والشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي
لبلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب إلا باقرار ابنين
ذكرين كانا أو اثني عشر عدلين أو غير عدلين ونحوه عن مالك ، وروى ابن اللبان قال أشعث بن
سوار عن رجل من أهل المدينة قال جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي
فقالا هذا اخونا فقال لألحق بأبيكما من لم يقر به

مفقود وقف له النصف على يديه وإن قال قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين إلى البنيتين ويوقف الثلث
إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الأول
مسائل ذلك زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت من سبعة وعشرين لأنها لا كدرية
ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالانساع فتضرب تسع أحدهما في الأخرى تكن أربعة
وخمسين الزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث واللام التسعان من
مسألة الموت والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس والجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت وتسعة
من مسألة الحياة فيأخذ التسعة والأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة
ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان الأخ حياً أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة
قبل قدومه أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة هذا على الرواية التي تقول إن الموقوف
للمفقود يرد إلى ورثة الأول واختار الخبري أن المدة إذا مضت ولم يتبين أمره أنه يقسم نصيبه من
الموقوف على ورثته وهو ستة يبقى تسعة وهي الرواية الثانية لأنه كان محكوماً بحياته لأنها اليقين وإنما
حكماً بموته بمضي المدة ووجه الأولى أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا نعلم حاله فإذا لم تتبين حياته لم
يكن لورثته كالموقوف للحمل وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة ، زوج وأبوان وابنتان
(المغني والشرح الكبير) (١٩) (الجزء السابع)

وانا ان عبد الله بن زمة ادعى نسب ولد وايدة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي ، فقبل النبي ﷺ قوله وأثبت النسب به ، ولان الوارث يقوم مقام موروثه بدليل انه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولان الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه اليه الا أن يكون المقر به يسقط المقر تأخ يقر بابن أو ابن ابن أو أخ من اب يقر بأخ من أبوين فان الثاني في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث فتبوت ميراثه ينفي الى سقوط نسبه وميراثه

وانا انه اقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب ان يرث كما لو لم يسقطه ، ولانه ابن ثابت النسب لم يمنع ارثه مانع متفق عليه أشبه ما لو ثبت بينة والاعتبار بكونه وارثا حالة الاقرار او بكونه وارثا لولا الاقرار بدليل انه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب اذا اقر بشارك في الميراث لانه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فان قالوا انما ثبت لان المقر به ايضا مقر بنفسه مدع لنسبه ، قلنا وهما مثله فاستويا

(فصل) اذا خلف ابنا واحدا فأقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف مافي يده في قول الجميع فان أقر بعد بآخرفاتقيا عليه دفعا اليه ثلث مافي أيديهما في قول الجميع فان انكر المقر به ثانيا المقر به الاول لم يثبت نسبه ، قال القاضي هذا مثل للامة تقول ادخني اخرجك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث مافي أيديهما لانه لم يقر له بأكثر منه وقال الثاني رضي الله عنه يلزم المقر ان يعزم له نصف التركة لانه أتلفه عليه بإقراره الاول ، ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار فان لم يصدق به

مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة احدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة وهي اثنان في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر ويقف الباقي وان كان في المسئلة ثلاثة مفقودون لهم أربع مسائل فان كانوا أربعة عمات لهم خمس مسائل وعلى هذا فان كان المفقود محجب ولا يرث كزوج وأخت لابوين وأخت لاب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء وتعطى الأخت من الاب السبع لانها لا تحجب بالشك كما لا تورث بالشك والاول أصح لان دفع السبع اليها تورث بالشك وائس في الوقف حجب يقينا انما هو توقف عن صرف المال الى احدى الجهتين المشكوك فيهما ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت والابوين والتوسط بما ذكرناه أولى

(فصل) والاسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور وحكي عن سعيد بن المسيب والنخعي وقادة أنه لا يرث لانه عبد والصحيح الاول لان الكفار لا يملكون الاحرار والله سبحانه وتعالى أعلم

الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر انه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند إقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف وحيي نحو هذا عن شريك، ويحتمل انه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم انه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفوتته حق غيره بتفريطه، وإن لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يجوز له إلى حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن، وقيل هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا، ولنا على الاول انه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى إلى نفسه، وإن أقر بعدها بثالث فصدقا ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال، وإن كذبا لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة (فصل) ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الاقرار في مسألة الانكار ثم تضرب ما المقر

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فمن ثبت فيه علامات الرجال أو النساء فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في أرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه والذي لا علامة فيه مشكل

(مسألة) ويعتبر بماله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة روي ذلك عن علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم وقال بن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث قال «من حيث يبول» وروي أنه عليه الصلاة والسلام أني بخنثى من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولان خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات إنما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وخروج المنى والحيض وتفلك الشدي والحبل (فصل) فان بال منها جميعاً اعتبر بأسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه

من مسألة الاقرار في مسألة الانكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما المنكر في مسألة الانكار في مسألة الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فان لم يكن في يده فضل فلا شيء المقر له كـ ثلاثة أخوة مفترقين أقر الاخ من الام بأخ أو أخت فلا شيء المقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة ان أقر بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فله مقر به خمسة أسباع ما في يده ، وان كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الأخت من الام بأخ فان كان في المسئلة عصبه فلا شيء له ، فان لم يكن فيها عصبه فله سدس ما بقي في يدها لان مسألة الانكار من خمسة والاقرار من ستة إذا ضربت إحداهما في الأخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسألة الانكار في مسألة الاقرار ستة ولها في الاقرار خمسة بفضل في يدها سهم فهو للاخ من أي جهة كان وان أقرت الأخت من الاب بأخ لها صحت من تسعين لها عشرة وبفضل لأختها ثمانية ، وإن أقرت بأخ من أبوين دفعت إليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت بأخ من أم أو بأم الميت أو جدة أو بعصبه فله سدس ما في يدها ، وإن خاف أربع أخوات من أب وعما فأقر الأخوات بأخ لمن فلا شيء له ، وإن أقرت بأخت من أبوين دفعت إليها ثلاثة أرباع ما في أيديهن وان أقرت بأخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأيتهم أقرت وحدها دفعت إليها ما في يدها بتدر ذلك ، وإن أقرت أحدها بأخ وأخت فمسئلة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب أحدهما في الأخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في سنة وفي يدها سبعة

قال الجمهور فان خرجا معاً اعتبر أكثرهما قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يورث من المكان الذي يبول منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال قوم إذا خرجا معاً اعتبر بأخيهما انقطاعاً فان انقطعا معاً اعتبر أكثرهما وقيل الاعتبار بالكثرة

ولنا انها مزية لأحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل

(مسئلة) (فان مات له من برته وكان يرجى ان يكشف حاله وهو الصغير فان احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي في قول الجمهور حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجاء من نبات لحية وخروج المنى من ذكره وكونه مني رجل أو علامات النساء من الحيض والحمل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالتا تعد أضلاعه فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضع قال ابن اللبان ولو صح هذا لما أشكل حاله ولا احتيج إلى مراعاة البول وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب الحائط فان بال عليه فهو رجل وان شامش بين نخذه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى أنه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين ويقف الباقي حتى يبلغ فان مات قبل بلوغه

يفضل في يدها سهم لهما ، وإن أقر الأربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فإن كان المقر بهما يتصادقان
انقسامها بينهم أثلاثا فإن تجاحدا فلاشي ، للاخ لأنه يقر أنه لاحق له في الثالين ويكون المقر به للاخت
لأنها تدعي خمس الثلثين ، وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدها لاقرار الأخوات المعروفات
وإن جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها
تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلث أربعة أسهم لاقرارها بها للاخ
والاول أولى إن شاء الله تعالى

وإن أقر العم بأخت أو أخوات من أب أو أبا بن فلاشي لهم ، وإن أقر بأخ أو أخت من أم
أو بأم أو جدة فله المقر له السدس ، وإن أقر بأخ من أبوين أو من أب أو بابنين من ولد لام فلهم جميع
ما في يده ، وإن خاف أما وأخا من أبوين فأقرت الأم بأخ من أم أو من أبوين فله السدس وهو نصف
ما في يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقتها الاخ من الابن فله السدس وهو نصف ما في يدها ولا
شيء المقر له وإن لم يصدقها فقد أقرت له بما لا بدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل
أن يصطالحا عليه لأنه لا يخرج عنها وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لأنه مال لم يثبت
له مستحق ولا بدعيه أحد ، فإن أقر الاخ بأخ له من أبوين فله ثلاثة أثمان ما في يده لأن مسألة الاقرار
من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة

(فصل) إذا خاف ابنين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الا صفر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه

أو بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثنى نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس والشعبي
وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري والأول مؤيد وميراثك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن
آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته والباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي
ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير
ورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال
شاذة سوى هذه .

ولنا قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر ولأن حالته تساويا فوجب التسوية بين حكمها
كما لو تداعا نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس تورثه بأسوأ أحواله بأولي من تورث من معه
بذلك فتخصيصه بهذا الحكم لا دليل عليه ولا مبدل إلى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع
للمال مع يقين استحقاقهم له

(مسألة) (فإذا كان ابن و بنت و ولد خنثى جعلت للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر
أربعة وللخنثى ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثنى وهذا قول الثوري والأول مؤيد
في هذه المسئلة وفي كل مسئلة فيها ولد إذا كان فيهم خنثى قال شيخنا وهذا قول لا بأس به وذهب
أكثر من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثنى فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه اثنى

فصاروا ثلاثة ومسئلة الاقرار اذا من ثلاثة ومسئلة الانكار من أربعة فتضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر الاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللأكبر سهم في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر مثل سهم الأصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع ماني يده لأنه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما يده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أثمان والمقر سهمان والمتفق عليه سهمان والآخر سهم

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي فانها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي يده المقر بهما فيقسمانه أثلاثاً وتصح من تسعة المنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان وهذا قول أبي يوسف اذا تصادقا ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لأن المقر بهما والمتفق عليه

وتضرب احدهما في الاخرى ان تباينتا أو في رفقها ان اتفقتا ويجتزي باحدهما ان تماثلتا وبأكثرهما ان تناسبتا وتضربها في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب ما لكل واحد من احدهما في الاخرى ان تباينتا أو في رفقها ان اتفقتا وهذا اختيار أصحابنا يسمى مذهب المنزائين، وقول الثوري يوافق قول أصحابنا في بعض المواضع وبخالفه في بعضها، وبيان اختلافهما اننا نجعل المسئلة المذكورة على قول الثوري من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول أصحابنا مسئلة الذكورية من خمسة والانوثية من أربعة ولا موافقة بينهما تضرب احدهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين، للبت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، ولذا ذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقوله من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزائين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسئلة للذكر الحسان يبقين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين ولابنت الخمس بيقين ثمانية وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشر والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها اثنين صار له ثمانية عشر والابنت تدعي سهمين فيدفع اليها سهمان صار لها تسعة ومن ورثه بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لأن المدعي ههنا

لا يتقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسمان ، وقبل يدفع الأكبر اليهما نصف مافي يده ويأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث مافي يده فيحصل للأصغر الثلث والأكبر الربع والمتفق عليه السدس والثلث والمختلف فيه الثمن ونصح من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية والمتفق عليه سبعة والأكبر ستة والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا

(فصل) إذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما وإن تجاحدا فكذلك في أحد الوجهين لأنه نسبهما ثبت بأقرار من هو كل الورثة قبلهما ، وفي الآخر لا يثبت لأن الأقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة يدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجعله الآخر ثبت نسب المتفق عليه : وفي الآخر وجهان يدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصداقه أحد أخويه في الآخر في الأخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما اليهما ثلث مافي يده ويدفع المقر بالأخ إليه ربع مافي يده ويدفع المقر بالأخت اليهما سبع مافي يده فأصل المسئلة ثلاثة أسهم سهم المقر يقسم بينهما وبينهما على تسعة فله سنة ولهما ثلاثة وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم وسهم المقر بالأخت بينه وبينهما على ستة له خمسة ولها سهم وكما متباينة فأضرب أربعة في خمسة في تسعة

نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطى الابن عشرة ولبنات خمسة والخشى ثمانية فتكون ثلاثة وعشرين فإن لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة والخشى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا البنين وإن كانت بنت وأد خنثى ولا عصبية معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل ، وإن كان معها عصبية فهي من ستة للخنثى ثلاثة ولبنات سهمان والعصبية سهم في الأقوال الثلاثة فإن كان معها أم وعصبية فهي من ستة والثلاثين للام ستة وللخنثى ستة عشر ولبنات أحد عشر والعصبية ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى ولبنات ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللأم السدس ويبقى نصف السدس للعصبية ونصح من ستين للام عشرة والعصبية خمسة ولبنات ثمانية عشر وللخنثى سبعة وعشرون فإن كان وأد خنثى وعصبية فللخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبية إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فإنه يجعل المال بينهم اثلاثا لأن الخنثى يدعي المال كله والعصبية تدعي نصه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثني عشر وترجم بالاختصار إلى ستة للبنات النصف وللخنثى الثلث ولعم السدس

(فصل) فإن كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت لابوين وولد أب خنثى ففتنفي

في اصل المسئلة تكن سبعمائة وسنة وخمسين المقر بهما سنة في اربعة في سبعة مائة وثمانية وستون والمقر بالاخت ستة في اربعة في تسعة مائتان وستة عشر والمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون والاخ المقر به سهمان في اربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر والاخت سهم في اربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في اربعة في تسعة ستة وثلاثون مجتمع لها اربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاورهما لانه لا فضل في يد احدهما عن ميراثه ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان اصل المسئلة من اسهم على احد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفر دبه الجاحد فتصح المسئلة بن الف وتسعمائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كاتى قبلها

(فصل) إذا خلف بنتا واختا فأقر بالصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لا غير ، وهذا قول ابن أبي ليلى ولحمد بن الحسن والوفاوي وبجي بن آدم تخييط كثير بطول ذكره ، وان خلف امرأة وبنتا واختا فأقرن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي أخت فقال الخبري تطلى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الاخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين

قول الثوري أن يجعل للختى نصف ما يرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فضمه إلى سهام الباقيين وهي ستة تبسطها انصافا ايزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصفين وقد عمل ابر الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما التنزيل فيصح من ثمانية وعشرين للختى سهمان وهي نصف سبع واكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم واخوان من أم ووالد أب ختى فله في حال الانوثية ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس ، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ ختى وعم فهي من ستة للبنت النصف وللبنت الابن السدس وللختى السدس ولعم ما يتي على القوانين جميعا

(فصل) قال الخبري اعلم أن الذين يكونون خناني من الورثة ستة . الوالد وولد الابن والاخ وولده والعم وولده فأما الزوجان والابوان والجدان فلا يتصور ذلك فيهم . فالخلاف يقع في ثلاثة لا غير الولد وولد الابن والاخ فأما الثلاثة الاخر فليس الديات منهم ميراث فيكون للختى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف

(مسئلة) (فان كانا خنيتين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للثنتين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمس اثنتين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الاحوال كلها

ومنها نصح فاذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما أخذت منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليهما، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى لأن فيه احتياطاً على حقها. ثلاثة أخوة لاب ادعت امرأة أنها أخت الميت لآبيه وأمه فصدقها الأكبر وقال الأوسط هي أخت لام وقال الأصغر هي أخت لاب فان الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبعم ما في يده، وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة فمسئلة الأكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فنضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون، وهذا قياس قول ابن أبي ليلى وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبعم ما في يد الأصغر فيضم نصفه إلى ما بيد أحدهما ونصفه إلى ما بيد الآخر ويقاسم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى ما بيد الأكبر ويقاسمه ما بيد على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل في يد الأصغر أربعة عشر ليكون أسبعمه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين

فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالنسب فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وإن كانوا من جهات جهت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالخارج بالنسب هو نصيبه. هذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكراً ومرة أنثى كما يصنع في الواحد وهو قول أبي يوسف واختاره أبو الخطاب والاول أولى لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطى بعض الاحتمالات دون بعض وهذا يحكم لادليل عليه، وبيان ذلك في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكراً فالحال للولد، وإن كانا أنثى فلا بنت النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال ولعم ربه، ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين، هو أن يكون الولد وحده ذكراً وولد الأخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الأخ نصف المال في حال فله ربه وهو الثمن ولعم مثل ذلك وهذا أعديل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للولد النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثاً، وتصح من ستة وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أشق ولو خلف بنتاً وولد أم خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنت

(المغني والشرح الكبير) (٢٠) (الجزء السابع)

وثانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصفر سبعة وهو ستة وعشرون تضم إلى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة واربعون تضمها الى ما بيد الاكبر يصير معه مائتان واربعون فتأخذ ثلاثة ارباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللصفر مائة وثمانون وخمسون وترجم بالاختصار إلى سدسها وهو احد وتسعون

(فصل) وإذا خلف ابنا فافر بأخ ثم جده لم يقبل جده ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده فان اقر بعد جده بآخر احتمال ان لا يلزمه له شيء، لانه لا فضل في يده عن ميراثه، وهذا قول ابن ابي ليلى، فان كان لم يدفع الى الاول شيئا لزمه ان يدفع إليه نصف ما بيده ولا يلزمه للآخر شيء، ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لانه قوته عليه وهذا قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث ما في يده لاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو اقر من غير جده الاول وهذا احد الوجوه لاصحاب الشافعي رضي الله عنه وقال اهل العراق إن كان دفع الى الاول قضاء دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بنير قضاء دفع إلى الثاني ثلث جميع المال وان خلف ابنين فافر أحدهما بأخ ثم جده ثم اقر بآخر لم يلزمه لثاني شيء، لانه لا فضل في يده، وعلى الاحتمال الثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منها في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتا فافر الباقي بأخ له من أبيه في يده

سهمان والباقي للعم، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس ولعم مثله، وهذا أحد الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال تورثه كاحتمال تورث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما زاد ويكفي هذا القدر من هذا الباب فانه نادر قل ما يحتاج إليه واجتماع خثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) قال شيخنا (وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها لما يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبليها مخرج ولا ذكر ولا فرج اما أحدهما فذكروا أنه ليس له في قبليها الحلة نازبة كالزبوة وبرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل اليها يسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة في سنة عشر وستمائة، والثاني ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتفرط ومنه يقول وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه يلبس لباس النساء ويحافظن ويفرل معهن وبعد نفسه امرأة، قال وحدثت أن في بلاد الهيم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقيا ما يأكله ويشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخشي لكنه لا يمكن اعتباره بمبالا فان لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه وأحكامه كلها والله أعلم

ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعا وسدسا فيفضل في يده ثلث برده على المقر به ، وإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس فيفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الاخ دفع إليه نصف ما في يده ، وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أرباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منهما سهمان وله خمسة . بنتان وعم مانت إحداها وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع إليها سهماء ، وإن أقر بها الابن دفع إليها سهمين وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت إليها التسع وإن أقر بها العم لم يدفع إليها شيئا ، وإن أقر الابن بخال له ففريضة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس فيفضل في يده نصف تسع وإن أقرت به أخته دفعت إليه ربع تسع فإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس وإن أقر به العم دفع إليه جميع ما في يده . ابنتان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لأبيه ففريضة الانكار من أربعة المقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين المقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهما يدفعها إلى المرأة التي أقر لها ، وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين المقر منها عشرون ولابنت تسعة والمقر لها سبعة ، ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الام وهي سبعة

﴿ باب ميراث الخرق ومن عُمتي موتهم ﴾

إذا مات متاران كانا فرقي ولهدى رجل أولهما موتا واختلفت ورأهما في السابق منها فقد نقل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ماتت فوريثها ثم مات ابني فوريثته ، وقال أخوها مات ابنها فوريثته ثم ماتت فوريثها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ذكرها الخرق ، وهذا يدل على أن ميراث كل ميت يقسم على الأحياء من ورثته دون من مات معه روي ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم ، ربه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم ابن عمير وعبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون ما روي عن أحمد في المسئلة التي ذكرها الخرق أن يجعل هذا رواية عنه في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا فأما مع الجهل فيورث كل واحد منهما من الآخر لأن مع اتداعي يتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا يتوجه اليمين لأن اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به ،

عشر إلى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم في سبعة وخمسين والمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين والأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وإن أقرت بها البنت فلها من فريضة الافرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر بفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها. وإن أقر الابن بزوجة لآبيه وهي أم الميت الثاني فمسئلة الافرار من سنة وتسعين لها منها سنة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع بفضل معه ستة عشر سهماً يدفعها إلى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار إلى اثني عشر لأن سهامهم كلها تتفق بالأمان فيكون المقر سبعة والمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة، وفي قول أبي حنيفة يضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر إلى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة أرباع وهما بنتان بالثلاث فترجع السهام إلى ثلثها خمسة وعشرين تضر بها في أربعة تكن مائة للبنت سهم في خمسة وعشرين وللرأة تسعة عشر في سهم والمقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. ابوان وابنتان اقتسما النركة ثم اقررا بنت الميت فقالت قد استوفيت نصيبي من نركة أبي قال فريضة في الافرار من ثمانية عشر للابوين سنة ولكل بنت أربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للابوين منها ستة وإنما اخذنا ثلث الأربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلاثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين

وظاهر المذهب أن كل واحد منهما يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه فيقدر أحدهما مات أولاً ويرث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك قال أحمد اذهب إلى قول عمر وعلي وشرح إبراهيم والشعبي هذا قول من ذكره الإمام أحمد وهو قول إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود. قال الشعبي وقم الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض، ووجه الرواية الأولى ما روى سعيد قال ثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يرث بعضهم من بعض ورثوا عصبتهم الأحياء وقال ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد ابن عمر قالت الصبيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا، ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ولأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحل إذا وضعته ميتاً ولأن توريث كل واحد منهما خطأ قطعاً لأنه لا يخلو من أن يكون موتها معاً أو يسبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا يخالف للاجماع فكيف يعمل به؟ فإن قيل ففي

سهم وثلاث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلاثا ويبقى لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان (فصل) اذا أقر بعض الورثة ممن أعيلت له المسئلة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسئلة فيها زوج وأختان أقرت احدهما باخ لها فاضرب مسئلة الافرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين المنكرة سهمان في مسئلة الافرار ستة عشر والفقرة سهم في مسئلة الانكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسئل الزوج فان أنكر أعطي ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت الفقرة إلى المقر له ما فضل في يدها كاه وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والاخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين وإلى الاخ سبعة ، فان أقرت الاختان به وأنكر الزوج دفع الى كل أخت سبعة وإلى الاخ أربعة عشر ويبقى أربعة يقران بهما للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له

قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما معا فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج أصحابنا بتلك الرواية بما روى اياس ابن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال يرث بعضهم بعضا ، قال شيخنا والصحيح أن هذا إنما هو عن اياس نفسه وأنه هو المسؤول وياس برواية عن النبي ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الامام أحمد وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين يعطى كل وارث البقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم صوت أحدهما قبل الآخر ولم يذكر فيه خلافا

(مسئلة) قال (فلو غرق اخوان أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو فن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد لمولاه وهو أحسن)

ومن ورث أحدهما من الآخر جعل ما لكل واحد منهما لمولى الآخر ومن قال بالوقف وقف ما لهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أن مولاه آخرهما مرة حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى الآخر وأخذ مال مولاه على ما ذكره الحرقى ، وإن كان لهما أخت فن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل لهما الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الثاني ، وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فن لم يورث بعضهم من بعض صحبها من ثمانية لاصراته الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه ومن ورثهم جعل الباقي لآخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من

(والثاني) يصطالح عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها
الاخ لانه لا يمتثل ان يكون له فيها شيء بحال

(الثالث) يؤخذ إلى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في
الصورة الاولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينهما وبين أختها على ثلاثة
فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولاختها اربعة ، وان اقر الزوج ضم
سهامه الى سهميها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة للزوج اربعة والاخ سهمان والاخت سهم ثم
تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح المنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج
اربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة وللقررة سهم في خمسة ، فان خلفت اما زوجا واختا من اب
فأقرت الأخت باخ لها فمسئلة الانكار من ثمانية ومسئلة الافرار من ثمانية عشر ويتفقان بالانصاف
فاضرب نصف احدهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للام ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون
ولها من مسئلة الافرار ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيمثل الزوج فان أنكر أخذ الاخ ستة عشر
وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وان أقر فهو يدعي تسعة لانه يدعي تمام النصف والاخ
يدعي ستة عشر فتضم التسعة الى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لانوافقها فتضرب

أربعة وستين لامراته ثمانية ولا بنته اثنان وثلاثون وامرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر
ولولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه
جعل ميراث الاخ بن امراته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأما
وأما وجهها على ستة فصحت المسئلة من ثلاثة عشر لامرأة لاخ ثلاثة وللزوج لاخت ثلاثة والام
أربعة بميراثها من لاخ واثنان بميراثها من الأخت ولعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما
ولأختها على ستة لاخيها سهم بين امراته وأمه وعمه على اثني عشر تضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين
والضرب في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر والنفع لمن يرث منهما : ثلاثة أخوة
لابوين غرقوا ولهم أم وعصبة تقدر موت أحدهم أولا فلا بد السدس والباقي لأخيه فتصح من اثني عشر
لكل واحد من أخوته خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام
من ميراث الاول ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة
ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك ذكر هذه المسئلة أبو بكر. ثلاثة أخوة مفترقين غرقوا
وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه تقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخوته
من أبيه وأخوته من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه
وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ منها اثنان بين أخيه من أبويه وأخيه من أبيه على أربعة فتجتزئ
وأحدهما وتضربها في الأخرى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لابوين وأخ

خمس وعشرين في اثنين وسبعين تكن الفا وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر. وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسئلة فأجاب بهذا وذكر أنه قول النخعي ، قال يحيى بن آدم وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهما يعني للام ربعها خمسة والباقي بين الزوج والاخ والاخت على قدر سهامهم من فريضة الافرار الزوج تسعة والاخ أربعة والاخت سهان ، وان صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثة والزوج ثلاثة أمان ويبقى الثلث فيه الأوجه الثلاثة (فصل) وان أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسئلة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين ان صدقها في الصورة الاولى وفي الثانية الزوج النصف والباقي بين الاخ والاخت على ثلاثة وان كذباها فلقرب به هو السبع ففيه الأوجه الثلاثة في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانية ، وان خفت زوجا وأما وأختين لأم وأختين لأب فأقرت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للاخ والاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة ان أقروا فاضرب ستة في خمسة

وأخت من أم فسدانه من خمسة ، مات أخوه لأمه عن ثلاث أخوات مفترقات وهي من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخته لابويه وأخت لايه فهي من ستة ثم مات أخوه لايه عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقتصموا التركة حتى غرق الاخراز وخلف أحدهما زوجة وبنتا وعما وخلف الآخر ابنتين وابنتين الاولى من أربعة مات أحدهما عن سهم وممته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا إلى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة وعشرون فريضة لاخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الاخرى تكن ثمانية واربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين فبنت نصفها ولأولاد الاخ عن ابيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر اجتمع لهم ستة وستون ولاصرة الاخ ستة وثلثه أربعة وعشرون (فصل) وان علم أنهما مانا معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انهما ذلك وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم اشكل اعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياض المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الفرقى الذين جهل حالهم والله أعلم .

﴿ باب ميراث أهل الملل ﴾

﴿ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ﴾ اجمع أهل العلم على ان الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن

تكن ثلاثين ، وان أنكرت الام فلها العشر أيضا والباقي بين الزوج والاختين من الام على خمسة وإن أنكرته الاختان من الام فلها الخمس أيضا والباقي كله للزوج وتصح من عشرة وان أنكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقررة وهي تقر به لم فيه الاوجه الثلاثة إلا أننا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المذكورة ولا للمقر به بحال لأنه لا يحتمل أن يكون له ماشي بحال (فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم انه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وان أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئا وان صدقها الاخ وحده فللمرأة الربع بكاله إلا أن يجيز الوصية ولعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي ، وان صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثة ، وان أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الاوجه الثلاثة وان لم يصدقها اخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الاوجه الثلاثة

عبد الله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة و زهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز ومرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم فحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن مقبل والشعبي والنخعي ويحيى بن عمار واسحاق وليس بموثوق به عنهم فان احمد قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروى أن يحيى بن عمر احتج لقوله فقال : حدثني ابو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولانا ننكح نسائهم ولا ينكحون نسائنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا

وانما ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم ، فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الاسلام يزيد بمن يـ لم وبما فتح من البلاد لاهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلته من يرتد وكثرة من يـ لم وعلى أن حديثهم محمل وحديثنا مفسر وحديثنا أصح فيتعين تقديمه ، والصحيح أنه قال لا يرث أهل الملل ولا يرثوننا ، وقال في هبة الاشعث « يرثها أهل دينها »

(مسئلة) (الا أن يـ لم قبل قسم الميراث فيرثه وعنه لا يرث)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم فنقل الأثر ومحمد بن الحكم أنه يرث وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد

﴿مسئلة﴾ قال (والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لأن آية الميراث تتناول ما يعمومها فيجب العمل بها فيه ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدلائل على خلافه فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تذكر فكانت إجماعاً ، وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول « ليس للقاتل شيء » رواه مالك في موطنه والامام أحمد بإسناده ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان بإسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » رواه الامام أحمد بإسناده ولأن تورث القاتل يفضي الى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأرسل الله تعالى فيه نصة البقرة ، وقيل ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم

والحسن ومكحول وقتادة وحيد وإياس بن معاوية واسحاق فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي وبه قال الحسن ونقل ابو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها وهو المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان ابن يسار والنخعي والحكم وأبو لؤناد وابو حنيفة ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولأن الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولأن المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق

وانما قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد بن مسعود عن طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وروى ابو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فإنه على قسم الاسلام » وروى ابن عبد البر في التمهيد بإسناده عن زيد بن قتادة العبدي أن انساناً من أهله مات على غير الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينما فتوني فلبثت سنة وكان ترك ميراثنا ثم ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان فحدثه ابن ارقم أن عمر رضي الله عنهم قضى أنه من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك لاول وشاركتني في هذا

القتيل ، فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحمد ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيم والشامي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي ، وورثه قوم من المال دون الدية وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهرري ومكحول والاذاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر ودود وروى نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة فخصص قائل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

وانما الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصل) والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشي مما ذكرنا لم ينعم الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعا عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة أو ياله فعله من سقي دواء أو بط جراح فمات ومن أمره إنسان عاقل كبير يبط خراجة أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب

وهذه قصة اشتهرت فلم تذكر فكانت إجماعاً ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضامنه بتركته بعد موته فجاز ان يتجدد حق من أسلم من ورثته ترغيباً في الاسلام وحثاً عليه فاما إذا قسمت التركة وتبين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له فان كان الوارث واحداً فمضى تصرف في التركة واحتازها كان كقسمها .

(مسئلة) وان عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث وجهها واحداً)

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فاعتق قبل ان يقسم ميراثه فقال له ميراثه ، وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من اعتق قبل القسمة لان المانع من الميراث زل قبل القسمة أشبه مالو أسلم وقال أبو الحسن النخعي يخرج على قول من ورث المسلم ان يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو اعظم الطاعات والقرب ورد الشرع بالألف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيباً له في الاسلام وحثاً عليه والعتق لا يمنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قيامه عليه ولولا ما ورد من الاثر في توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء وإنما خالفناه في الاسلام الاثر وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الاثر

قال أحمد إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، وتقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهداء على أخيهم بالزنا فرجعت فرجوا مع الناس برئوسها هم غير قتلة ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل ، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولأنه قاتل فأشبهه الصبي والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لا مآثم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت يدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا مآثم فيه فأشبهه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن فبما عداه يبقى على مقتضاها ، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفصى إلى تلافه ، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسائلنا حرمان الميراث بمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي

(فصل) ولو ملك ابن عمه قد بره فعتق بموته لم يرث لأنه رقيق حين الموت فإن قال أذنت حر في آخر حياتي عتق وورث لأنه حر حين الموت ، ويحتمل أن لا يرث لأن عتقه وصية له فيفضي إلى الرصية للوارث :

(مسئلة) ويرث أهل الذمة بعضهم بعضاً إن اتفقت أديانهم

وجملة ذلك أن الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، ولا فرق في ذلك بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار لأن قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » دليل على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلاً ورث أباطاب دون جهنم وعلي لاسمها كالمسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه مقبلاً بمكة فكذلك لما قبل النبي ﷺ أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباح » وقال عمر في حمة الأشعث بن قيس برئها أهل دينها

(مسئلة) (وهم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه حرب أن الكفر كله ملة واحدة اختارها الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن تورث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرها عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه يبقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم ، وروى عن

إلى إيجاب قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث ينفي اليه بخلاف مسئلتنا . اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمفرد به لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظله فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لأن ميراث الثاني صار لثالث والأصغر نصفين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بنصف دم نفسه وله القصاص على الأصغر ويرثه في ظاهر المذهب فإن اقتصر منه ورثه ويرث أخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الأول ووجب على القاتل الثاني لأن الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الأب صار له من دم نفسه ثمة فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

أحد أن الكفر ملل مختلفة اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لأن قول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحد تصرّحاً بذكر أقسام الملل ، وقال القاضي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لأن من عداهم يجمعهم أنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة الضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع وروى ذلك عن مالك وعن النخعي والثوري الفولاني وما روي عن أحمد أنه قال الكفر ملل مختلفة ويحتمل أن يكون مللا كثيرة تزيد على ثلاث فتكون المجرسية ملة وعبدية الأوثان ملة وعباد الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضاً بروى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله اختاره شيخنا لقول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى ، رو ما أبو داود ولان كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضاً كالمسلمين والكممار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفتنا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام فمختلفهم في الملة أولى وقول من خص الملة بعدم الكتاب لا يصح لانه وصف عدي لا يقتضي حكماً ولا جعاً لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ، وقد افرق حكمهم فإن المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقرون بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضاً فكانوا مللاً كاليهود والنصارى ولانه قد روى الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جعل الكفر مللاً مختلفة ولم نعرف له مخالفاً في الصحابة فيكون إجماعاً

واحد منها مال الذي لم يقتله ولكل واحد منها القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منها القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فلا آخر قتل العاني ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لأن القصاصين لما تساوى وتعدر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لها حكم فيكون المستوفي منها معتدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتياله أولها موتاً خرج في توريثها ما ذكرناه في الفرق من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتالي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

(مسئلة) قال (ولا يرث مسلم كافراً ولا كافراً مسلماً إلا أن يكون معتقافياً أخذ ماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال

(مسئلة) (وإن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا)

لما روى عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود، وعنه يتوارثون لأن مفهوم قوله عليه السلام «لا يرث الكافر المسلم» يدل على أنهم يتوارثون، وهذا يجبيء على قولنا إن الكفر ملة واحدة على ما تقدم وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

(مسئلة) (ولا يرث حربي ذمياً، ولا ذمي حربياً)

ذكره القاضي لأن الموالاة منقطعة بينهم ويحتمل أن يتوارثوا لأنهم من أهل ملة واحدة. قال شيخنا قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص يقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها، ومفهوم قوله عليه السلام «لا يتوارث أهل ملتين شتى» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التورث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يقع دليل على تحقق المانع وقد نص أحمد في رواية الاثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل، أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته، وروي أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجم إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحبي الذين قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يعلم عمرو فقتلها فوداها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولا شك أنه يبعث بديتهما إلى أهلها.

عمر بن عثمان وعمر بن الزهري وعطاء وطارس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمر بن دينار واثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء، وعليه العمل

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم . وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشافعي والبخاري وعمر بن الخطاب وروى أن البخاري بن عمر احتج بقوله تعالى لا يرث الكافر المسلم قال « لا يرث الكافر المسلم ولا يرث المسلم الكافر » قال « لا يرث الكافر المسلم ولا يرث المسلم الكافر »

وأنا ماروي أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه . وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ « لا يرث أهل ملتين شتى » ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الأسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الأسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم ، وعلى أن حديثهم مجهول وحديثنا فسر حديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فمبين تقديمه والصحيح عن عمر أنه قال « لا يرث أهل المال ولا يرثوننا » وقال في حمة الأشعث يرثها أهل دينها ، فأما المعنى إذا خالف دينه دين معتقه فنذكره في باب الولا . ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الأسلام ، وبهذا قال الشافعي ، قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنه لا موالاة بينهم فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعنده

ولا يعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النصوص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه ، مع ورود الخبر فيه وصحت العبارة بها فان المسلمين يرث بعضهم بعضاً وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار

﴿ مسألة ﴾ (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم ان المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك أنه لا يرث المسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » ولا يرث الكافر لأنه يخالفه في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم الدين الذي انتقل إليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد نزول

(فصل) فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً لأنهم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضها ، وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقياً بمكة فباع رباعه بمكة فذلك لما قيل للنبي ﷺ « أين تنزل غداً ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في حمة الأشعث بن قيس يرثها أهل دينها فإن اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروي عنه أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه عن حرب واختاره الحلل ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء المذكور في كتاب الله تعالى ذكر أعماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه الشرع يبقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم

وروي عن أحمد أن الكفر ممل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لأن قول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحمد نهر بها بذكر أقسام المال وقال القاضي أبو علي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لأن من عداهم بجميعهم أنهم لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم

أملاً كما الثابتة له أو استقرارها فلان لا يثبت له ملك أولى ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر لأن المرتد لا يرث ولا يورث ، فإن أسلم قبل قسم الميراث ورث ، لما ذكرنا من الحديث وقد ذكرناه والخلاف فيه

(فصل) (والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا) . والزنديق الذي يظهر الإسلام ويستسر الكفر وهو الذي كان يسمى منافقاً ، في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

(مسألة) (وإن مات على ردة فماله في ، وعنه أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردة فروي عنه أنه يكون فيثا في بيت مال المسلمين . قال القاضي وهو الصحيح في المذهب ، وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين يروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة والولائي وإسحاق

والثوري والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي لبلى والحسن بن صالح ووكيم ، وروى ذلك عن مالك . وروى عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الاوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا روى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التورث مخصصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اتفاقهم في الملة لا تقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عديم لا يقتضي حكما ولا جمعا ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد ائترق حكمهم فإن المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى . وقد روى ذلك عن علي رضي الله عنه فإن اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون إجماعا

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النص صرح تقتضي تورثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل

قالوا ما اكتسبه في رده يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه ذلك أنه قول الخليفين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم ما لهم بين ورثتهم المسلمين ، ولأن رده ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته من المسلمين كما لو انتقل بالموت .

وروى عنه رواية ثالثة أنه يكون لأهل الدين الذي اختاره إن كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء وبه قال داود . وروى ذلك عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي ورائر الكفار والمشهور الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الأصلي ولأن ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في رده ولا يمكن جعله لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل إليه ولا تؤكل ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذمي فإن قيل إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا كما يأخذ مال الذمي الذي لم يخلف وارثا وكالعشور

(فصل) وقد ذكرنا أن الزنديق كالمترد لا يرث ولا يورث وقال مالك في الرنديق الذي

بعمومها ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه بتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه بالتورث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ، ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يتم دليل على تحقق المناقض . وقد نص أحد في رواية الأثرم في من دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحمي الذي قتلوه وكانا أنبا النبي ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو قتلها فوداهما النبي ﷺ ولا شك في أنه بعث بديتهما إلى أهلها

وقال القاضي قياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ولا ذمي حربياً لأن المولاة بينها منقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام وبهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة ، لا أن المستأمن لا يرثه الذي لأن دارهما مختلفة

قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعي

يهم بذمي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت ، قال : وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، كالذي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لأنها فار من ميراث انعقد بسبب ميراثه فورته كالمطلق في مرض الموت .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر »

قال شيخنا وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته أشبه الطلاق ، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها لا يسقط ميراث زوجها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل ما في الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على رذته أو لحق بدار الحرب بانت منه امرأته ، فإن كانت مدخولاً بها ورثته في عدتها وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه وإن ارتدت المرأة في غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل (فصل) (وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الاسلام) . وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معاً لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا .

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام ولو ارتدا جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم (المفني والشرح الكبير) (٢٢) (الجزء السابع)

رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثوا لأنهم - هم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فحملوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه ، ولأنهم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفة عموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفائه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلماً لا بخلاف الدين بهم وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئاً

(مسئلة) قال (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لأنهم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبي ﷺ : لا يرث كافر مسلماً ولا يرث كافراً لأنه يخافه في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه ولهذا لا تحمل ذمته ولا نكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد

في زدهم ولم يرتوا منهم شيئاً ولم يحز استرقاقهم سواء ألحقهم بدار الحرب أو لا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم بصير مرتداً يجوز سببه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الإسلام قوماً من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الحرفي ما يدل على أنه يجوز استرقاقه وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أسلم المجوس أو نحاكموا اليانورثوا بجميع قراباتهم إن أمكن ذلك) .

نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال الثوري والنخعي وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه واختاره ابن اللبان .

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والأوزاعي ومالك والليث وحمام ، وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومالك والشعبي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت أحدهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض الامثلث والاخت النصف فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لها في الاثنين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تنجب أحدهما الأخرى ولا يرجع بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ لأُم ولدوي الأرحام

تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فان المرتد لا يرث ولا يورث وان رجع المرتد الى الاسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سنذكره في المسئلة التي بعدها ان شاء الله تعالى

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرناه ، وزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي ﷺ منافقا وبسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد مال الزنديق في بيت المال (فصل) إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر وان كانت ردة بعد الدخول ففيه روايتان (أحدهما) يجعل الفرقة (والأخرى) يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرث الآخر

(مسئلة) قال (و كذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه الملم فنقل الاثرم ومحمد بن الحكم انه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول

المدان بقرايتين وقياسهم فاسد لان القرايتين في الاصل تسقط احدهما الاخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص واحد وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه إذا وجد ذلك من وطئ شبهة في الاسلام ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما فلو تصور وجودهما ورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج او اخ من ام قال ابن اللبان واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون اختاً لاب فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها لكونها اختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لانص لاكتساب في فرضها وهو مختلف فيهم ففهم من قال هو طعمة وليس بفرض مسمى ويلزمهم ان الميت اذا خلف امه وام ام هي اخت ان لا يؤتوها شيئاً لان الجدودة محجوبة وهي اقوى القرايتين وجعلوا الاخوة نارة اقوى ونارة اضعف وان قالوا اقوى القرايتين الاخوة لان ميراثها اوفر لزمهم في ام هي اخت جمل الاخوة اقوى من جهة الامومة ويلزمهم في اسقاط مع الابن والاخ من الابوين مالزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام فان قالوا توريثها بالقرايتين يفضي الى حجب الام بنفسها اذا كانت اختاً وللميت اخت اخرى قلنا وما المانع من هذا فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله فان كان له اخوة فلامه السدس من غير تقييد بغيرها ثم حججوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما انكروه بل هو اعظم لانهم فروا من حجب التنقيص الى حجب الاسقاط فاسقطوا الفرض الذي هو اوكد بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول اربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم اعطوا الام الثلث وانما فرض الله تعالى لها مع الاختين السدس والثاني ان الله تعالى

وقتادة وحيد وإياس بن معاوية وإسحاق ، فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطارس والزهرى وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولان المالك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اتسموا ولان الممانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقا فاعتق أو كما لو بقي على كفره ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ : وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فهو على قسم الاسلام »

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العبدي ان انسانا من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم ان جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينما توفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثي ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان رضي الله عنه فخذنه عبد الله بن أرقم ان عمر قضي انه

أما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فاعطوا احدهما النصف كاملا ، والثالث ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان اختان فلم يجعلوا لهما الثلثين الرابع ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه اخت فلم يعطوها بكونها اختا شيئا هذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي يجتمع فيها قرابتان ويصح الارث بهما ست احدها في الذكور وهو عم هو اخ لام وخمس في الاناث وهي بنت هي اخت او بنت ابن وام هي اخت وام ام هي اخت لاب وام اب هي اخت لام فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن واختلفوا في الجدة اذا كانت اختا فمنهم من قال الجدودة اقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد ومنهم من قال الاخوة اقوى لانها اكثر ميراثا وقال ابن شريح وغيره هو الصحيح ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها الا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ومتي كانت البنت اختا والميت رجل فهي اخت لام ومتي كان امرأة فهي اخت لاب فان قيل ام هي اخت لام او ام ام هي اخت لام او ام اب هي اخت لاب فهو محال

﴿مسئلة﴾ اذا خلف امة وهي اخته من ابيه وعمه فمن ورثها بقرابتين جعل لها الثلث بكونها أما والنصف بكونها اختا لاب والباقي للعم فان كان معها أخت أخرى لم ترث بكونها أما أما الا السدس لانها انحجبت بنفسها وبالاخت الأخرى ومن ورثها بأقوى القرابتين ورثها الثلث بكونها أما ولم يحجبها بنفسها

﴿مسئلة﴾ (ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لا يقرون عليه ، لو أسلموا)

المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا إلينا. قال شيخنا لا نعلم خلافا

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فمضى به عثمان فذهبت بذلك لأول وشاركني في هذا وهذه قضية انتشرت فلم تذكر فكانت اجماعاً ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ، ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الاسلام وحثاً عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فاذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها

(فصل) ومن كان رقيقاً حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث : نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم . وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبهه مالو أسلم ، قال أبو الحسن النخعي يخرج على قول من ورث المسلم أن يورث العبد اذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو أعظم الطاعات ، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها

في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقرواعليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المتبعة في نكاح المسلمين أولاً وما لا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثم نكحها ثم أسلم لم يقرأ عليه وإن مات أحدهما لم يرثه الآخر وكذلك إن مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع وأصل الاختلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه ان أسلم أو نكح كالألينا ونذكر ذلك في نكاح الكفار إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا مات ذمي لا وارث له كان ماله فينا وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين لانه مال ليس له مستحق معين فكان فينا كمال الميت المسلم الذي هو كذلك مسائل من هذا الباب مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم مات عنها فلها الثلثان لأنهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية في قول الجميع فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة وإن ماتت الصغرى أولاً فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرايتين ومن ورث بأقوى القرايتين لم يورثها بالاخوة شيئاً في المسئلتين وقال بن شريح يحتمل قول الشافعي توريثها بالقرايتين في المسئلة الاولى لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتخصيص لتوريثه ابن العم اذا كان زوجاً أو أخاً لام وانما منع الارث بفرضين فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لابوين وأما هي أخت لاب فلها السدس بكونها أختاً لاب

فورد الشرع بتوريته نزعها له في الاسلام وحثا عليه والعق لا صدم له فيه ولا بحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ماورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملاك ينتزل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خافناه في الاسلام للأثر ، وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

(مسألة) قال (ومتى قتل المرتد على رده فما له في)

اختلفت الرواية عن أحد في مال المرتد اذا مات أو قتل على رده فروي عنه أن يكون فيثا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هر صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وريعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المديب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والارزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل

وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس والاخت النصف وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالاخوة ولا تنحجب بها والاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقهما وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها وان أولدها الجوسي ابناً وبتاً مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لاب وأم فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر الام الثلث كاملاً إذا تزوج الجوسي أمه فأولدها بتاً ثم مات فلامه السدس ولا بنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية ولا ابنته بكونها أختاً لام شيئاً وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالفرايتين وعلى القول الآخر لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعاً وان تزوج ابنته فأولدها بتاً ثم تزوج الصغرى فأولدها بتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لا يسا احداها بنتها والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها احداها أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة وإن ماتت الصغرى بعد فقد خلفت أختها احداها أمها والاخرى جدتها فلامها السدس والثلثان بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأمها عن السدس وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقي للعصبة ومن جعل الجدود أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لأنها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدود لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلثان

العراق واسحاق لان اثوري وأبا حنيفة والأولوي واسحاق قالوا ما اكتسبه في رده يكون فيثا ولم يفرق أصحابنا بين نلاد ماله وطارف ووجه هذا انقول أنه قول الخليفة الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال بشي أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بن ورثتهم المسلمين ، ولان رده ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت

وروي عن أحمد رواية أن ماله لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو فيء ، وبه قال داود ، وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشهور الأول لقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولانه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي ، ولان ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في رده ، ولا يمكن جعله لأهل دينه لانه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ، ولانه يخالفهم في حكمهم فانه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل زكاه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذي ، فان قيل إذا جعلتموه فيثا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيثا كما يؤخذ مال الذي اذا لم يخلف وارثا وكالمشور

بالقرايتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهي اختيار الحربي ، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلا بنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسمية للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهران وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان مات بعده بنته فان الكبرى جدها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرايتين وفي الثاني لها سدس باحداها (فصل) وان وطيء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اختراها وهو لا يعرفها فوطئها وولدت له وافق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

(فصل) في الزوج في المرض والصحة ، حكم النكاح في الصحة ، والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخزافاً حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لا يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لانه لا يتم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون واردة وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينها وعن القاسم بن محمد والحسن ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

(فصل) والزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث ، وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بزني ورثته عند موته ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد اذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتى يطلقها زوجها في مرض موته لبحرهما الميراث لانه فار من ميراث من انما قد سبب ميراثه فورته كالملقة في مرض الموت

ولنا قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » وقباس المذهب أن أحد الزوجين اذا ارتد في مرض موته يرثه الآخر لانه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته فأشبهه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف اذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها وروى الأوّلوي عن أبي حنيفة اذا ارتد الرجل فقتل على رده الحق بدار الحرب بانت منه امرأته فان كانت مدخولا بها ورثته اذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم يرثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لانها عندهم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فصح كحال الصحة وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده بعموم الآية ولان النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقاً ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به انتوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي ومتى أشبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنصوص عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا بدري أيها الزوج أول؟ أنه يفرق بينهما وتوقف عن ان يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن الميراث يقسم بينهما على حسب الدعاوى والتزويل كميراث الختاني وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطالحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج امرأة في عقد واربعاً في عقد ثم مات وخلف أخاً ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهر أكمل ينسكه الاخ فيعطي كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم نصفه للواحدة ونصفه الاربع وعند الشافعي أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ

(فصل) وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معا لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا لان المرتد لا يرث المرتد ماداما في دار الاسلام فان لحقا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام . ولو ارتدا جميعا ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم في ردهم ولم يرتدوا منهم شيئا ولم يحجز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم ، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سببه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام ، فأما من ولد بعد الردة بسنة أشهر فذكر الحرق رضي الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي .

(فصل) فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فان أسلم دفع اليه وان مات صار فيثا ، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كونه في زوال ملكه وصرف

ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربة ميراثاً ويدعي الاخ ثلاثة أرباعاً فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران ورابع بين الاربع والاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ

(فصل) فان تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثاً في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس ، فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهم لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثاً فالواحدة ربة يقيناً وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه ومنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهماً فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهماً فيعطين تسعة وهذا قول محمد بن الحسن ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة بين الثلاث والاثنين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في ثمانية وأربعين تسكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور مهران منها بين الخمس ومهر تدعي الواحدة والاثنان ربة ميراثاً وتدعيه الثلاث مهر أو ثلاثة أرباعه يدعيه الاخ ميراثاً وتدعيه الثلاث مهر أو يؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربه إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاث بين الثلاث والاثنين موقوف فان طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لا يدفع اليه شيء وان طلب واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة

(المفني والشرح الكبير) (٢٣) (الجزء السابع)

ماله إلى من يصرف إليه إذا مات فإن عاد إلى الإسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أنفقوه إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه فيء، وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فإن أسلم رد إليه مملوكا مستأنفا، قال أبو يوسف إنما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد إسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو أنفق عليه كغيره

(فصل) ومتى مات الذي ولا وارث له كان ماله فيءاً، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كن ليس له وارث إلا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فيءاً لأنه مال ليس له مستحق معين فكان فيءاً كمال الميت المسلم الذي لا وارث له

(فصل) في ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا البناء لانعلم بين علماء المسلمين خلافاً في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم، فاما غيره من الانكحة مكل

من الاثنين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه وإن عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت، وإن وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً لها وهذا قول الشافعي، وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل ويكون الفضل بينهما موقوفاً وعلى قول أهل العراق يكون تعييناً، فإذا كانت الموطوءة من الاثنين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث، وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنين وإن وطئ واحدة من الاثنين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثاها، فإن أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم، وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج فيه قولان فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل الموطوءتين تعطى كل الأقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنين، والميراث على ما تقدم، وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق أحدهن ثم نكح خامسة ومات وام بدر أيتهم طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه بينهم وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل ان يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع

نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين او لم يوجد ومالا يقرن عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به ، والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً ثم نكحها ثم أسلمها ومات أحدهما لم يقرأ عليه ولم يتوارثا به وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع ، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم ، وقال زفر والأولوي لا يتوارثان ، وإن تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال إذا أسلمها وقد نكحها في العدة أقرأ عليه ، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي ان أسلمها بعد انقضاء العدة أقرأ وإن أسلمها قبل لم يقرأ فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبل من زوج أو زنا فالحكم فيه كاتى قبلها سواء لان الزنا موجب للعدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج ، وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان وقال أبو يوسف وزفر والأولوي لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلمها أو تحكما كما آتينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

الباقية وما بقي بين الاربع الاول ارباعا وفي قول الشافعي ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

﴿ باب ميراث المطلقة ﴾

(إذا طلقها في صحته أو مرض غير مخوف طلاقاً بائناً قطع التوارث بينهما)
وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته في صحته طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث وكذلك ان طلقها في مرض غير مخوف لان حكم الطلاق فيه حكم الطلاق في الصحة ، فان طلقها في المرض المخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشافعي والثوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق في مرض مخوف قصد به الفرار من الميراث فلم يمنع كما لو لم يصح
ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالطلقة في الصحة ولان حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والعناق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا قصد الفرار في الصحة

(مسألة) (وإن كان الطلاق رجعي لم يقطع ما دام في العدة)
سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك أمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد

(فصل) فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قول عمرو وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ومجيب بن آدم وإسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد أقواله واختاره ابن الأبن وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهرري والأوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي، وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشافعي القولان جميعاً واحتجوا بأنهم قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كالأقارب أحدهما الأخرى ولنا أن الله تعالى فرض الام الثالث والاخت النصف فإذا كانت الام اختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب أحدهما الأخرى ولا ترجحها فترث بهما بمقتضى كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الارحام المدلين بقرابتين، وقيامهم فاسد لان القرابتين في الأصل تسقط أحدهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص، وقولهم لا يورث بهما في الإسلام ممنوع فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام

(مسئلة) (وان طلقها في مرض الموت المخوف طلاقاً لا يترث فيه بأن سألته الطلاق أو علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعله أو لانه على شرط في الصحة فوجد في المرض أو طلق من لا يرث كالامة والذمية فعتقت وأسلمت فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين)

إذا سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (إحداها) لا ترثه لانه ليس بنار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك، وكذلك الحكم إذا خالعها أو علق الطلاق على مشيتها ففادت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعله أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فإن لم تعلم بتعليق طلاقها ففادت ما عاق عليه ورثته لأنها معذورة فيه، ولو سألته طلاقاً فطلقها ثلاثاً ورثته لانه أبانها بما لم يطلبه منه فإن عاق طلاقها على شرط في الصحة فوجد في المرض كقدوم زيد ومجيب، زيد وصلاتها الفرض بانت ولم ترثه وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح

(مسئلة) (فان طلق الزوج المسلم امرأته الذمية أو الامة في المرض طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعتقت الامة ثم مات في عدتهما لم يرثاه لانه لم يكن عند الطلاق قاراً)

وفيه رواية أخرى أنها ترث لانه طلاق في مرض الموت فورثته كغيرها هكذا ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ولم يذكر في المفني والكافي هذه الرواية الأخيرة

(فصل) فان قال لها أنما طلقناك غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم يرثاه لانه غير قار

(مسئلة) (وان قال سيد الامة أنت حرة غداً فطلقها اليوم وهو يعلم بقول السيد ورثته)

لانه قار وان لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولم أعلم فيه مخالفاً

ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندي قائم من قبل ان الجدة تكون أختا لاب ، فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن بسقط الاخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختا لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها ، وهو مختلف فيه فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مستحق^(١) ويلزمهم ان الميراث اذا خلف أمه وأم أم هي أخت ان لا يورثوها شيئا لان الجدودة محجوبة وهي أقوى القرابتين ، وان قالوا نورثها مع الام بكونها أختا نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الاخوة أقوى من جهة الامومة ، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والاخ بن الابوين ما لزم القائمين بتقديم الجدودة مع الام . فان قالوا توريثها بالقرابتين ينفي الى حجب الام بنفسها إذا كانت أختا والميراث أخت أخرى قلنا وما المانع من هذا ؟ فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) من غير تقييد بغيرها ثم قد حجبوها عن ميراث

(فصل) إذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المريض سواء وان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبه قال مالك وابو حنيفة ويقبل عند الشافعي ولنا أنه أقر بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها (مسألة) (وان كان منهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء أو علقه على فعل لا بد لها منه كالصلاة ونحوها فمطلته أو قال للامة ارضية اذا أسلمت او عتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الامة قال لها أنت حرة غدا فطلقها اليوم ورثته ما دامت في العدة ولم يرثها)

وجملته أنه إذا طلقها في المرض المخوف طلاقا بائنا ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان مات يروي هذا عن علي وعمر وعثمان ، وبه قال شرح وعروة والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي القديم ، وروي عن عبد الله بن الزبير لا ترث ببتوته ويروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كالمولود كان الطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولا . وليس لها شيء من هذه الاسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث بما ضربت الاصبع الكعبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبثها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا لم يثبت عن علي وعبد الرحمن خلاف هذا بل قد روي عروة أن عمر قال لعبد الرحمن ان مت فلا ورثها منك قال قد علمت ذلك ، وما روي عن ابن

الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لأنهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية بمحاظة على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لأنهم أعطوا الأم الثلث وإنما فرض الله لها مع الاختين السدس (والثاني) أن الله تعالى إنما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثاً فأعطوا إحداهما النصف كاملاً (والثالث) أن الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) أن مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختاً شيئاً ، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما (إحداهن) ابنة الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمسة) في الإناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن. واختلفوا في الجدة إذا كانت أختاً فمنهم من قال الجدرة أقوى لأنها جهة ولادة لانسقط بالولد، ومنهم من قال الاخوة أقوى لأنها أكثر ميراثاً. قال ابن شريح وغيره هو الصحيح، ومن ورث بأقوى

الزبير أن صح فهو مسبوق بالاجماع ولأنه تعدد تصدأفاً، بدأ في الميراث فهو بغير قصد كالماتل القاصد استعجال الميراث بعاقب بحرمانه

(مسئلة) (وان علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كالصلاة المكتوبة والصيام الواجب ففعله فحكمه حكم طلاقه ابتداء) في قول الجميع وكذلك لو علقه على كلامها لا يوبىها ولا أحدها (مسئلة) (وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟) علي روايتين

المشهور عن أحمد رحمه الله أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحيد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي ابن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أبا طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه، وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزواج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجوز كما لو تزوجت، والمطلقة قبل الدخول في مرضه المحرف فيها روايتان كالتى انقضت عدتها إذا كانت كل واحدة منهما لأعدة لها

(مسئلة) (وان تزوجت في عدتها لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانث من الزوج الثاني

القرابتين لم يحجب الام باخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ، ومتى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وان كان امرأة فهي أخت لاب ، وان قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال (مسائل) من ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم ماتت منهنما إحداهما الثلثان لانهما بنتان ولا ترث الكبرى بالزوجة شيئا في قولهم جميعا فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة ، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين

وقال ابن شريح يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسئلتين لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجا أو أخا لام وإنما منع الارث بنرضين ، فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى لم ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب

هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا الرواية الاولى في المسئلة قبلها ولانها شخص برث مع انتقال الزوجية فورث معها كسائر الوراثين

وانما أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواء كسائر الزوجات ولان التوريث في حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولانها ماتت باختيارها ما ينافي نكاح الاول فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها وهكذا لو ارتدت في عذتها ولم تسلم أو فعلت ما ينافي نكاح الاول

(فصل) اذا طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول في المرض فقال أبو بكر فيها أربع روايات (أحدها) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للدخول بها افراره منه وهذا قار ، واذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكيل الصداق ، قال شيخنا وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جماعها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير المدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها وهو قول عطاء لان العدة حق عليها فلا تجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتمد ولا يكمل الصداق لقول الله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فلا يجوز مخالفة ذلك (والرابعة) لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها ، وقال الحسن ترث قال أحمد اذهب الى قول جابر لان الله سبحانه نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله سبحانه

فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لآب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف، وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالآخوة ولا تنحجب بها والأخت النصف فقد استوى الحكم في القولين، وإن اختلف طريقتهما، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وإن أولدها المجوسي ابنا وبتات ممت وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لآب وأختا لآم وأب فلامها السدس والباقي للأخ ولا شيء لآم بالآخوة لأن الأخ الأبوين يحجبها وعلى القول الآخر للآم الثلث كاملا، وإن تزوج المجوسي أمه فأولدها بتاتا ثم ماتت فلأمه السدس ولا بنته النصف ولا ترث أمه بزوجة شبتا ولا ابنته بكونها أختا لآم شيئا، وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فاما الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فاما الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعا، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم ماتت وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لآبها أحدهما بنتها وبنت أبيها، والآخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما، وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها أحدهما أمها والآخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للمصبة، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختها أحدهما أمها والآخرى جدتها فلامها

(وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم، وأما الميراث فأنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح أشبهت المطابقة في الصحة فإن خلاها وقال لم أطأها وصا فقه فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) وأو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضاءها لم ترثه لأنه طلاق صحه فاز طلقها واحدة في صحته وأبأنها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحلها حكم ما الرأى ابتداء طلاقها في مرضه لأنه فر من ميراثها وإن طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبينها حتى بانت باقضاء عدتها لم ترث لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينة بنتها

(فصل) وإذا طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم ماتت في عدتها نفية وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلق في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي لا ترثه

ولما أنها مطلق في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها أشبه ما لو لم ترتد ولو ارتدت أحد الزوجين بعد الدخول ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق، وإن

السدس والباقي بينهما وقد انجبت الام بنفسها وبأبها عن السدس، وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فلا يكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة، ومن جعل الجدود أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدود لكونها محجوبة بالامومة، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداها فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهو اختيار الخبري، محمدي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المحمدي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فللبنتا الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة ولذا ذكر سمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فإن مات بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين، وفي الثاني لها السدس باحداها

(فصل) وإن وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له وانفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء.

انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا إن الفرقة تنعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البيئونة أشبه الطلاق وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عتقها ورثها الزوج

(فصل) فإن عاق طلاقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض أشبه مالهو كان التعاقب في المرض وإن قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت وإن مات الغلام والزوج مريض طأقت وكان كتعليقها على محبي زيد على ما ذكرنا وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق فإن ادعى أنه وقاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في ثوريته منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الأصل بقاءه في ذمته ولو قال لها في الصحة أنت طالق إن لم أتزوج عليك فكذلك نص عليه أحمد وهو قول الحسن ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها وإن قذفها في صحته ثم لاعنها في مرضه ثم مات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والولوي وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت منه بالابلا، لم ترثه

(مسئلة) (وإن أكره الابن امرأة أبيه في مرض أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها

مسئلة قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجعل أولهما موتاً وورث

بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين إذا ماتا فجعل أولهما موتاً فان أحد قال أذهب إلى قول عمر وعلي وشرح
وابراهيم والشعبي يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفة وهو ما ورثه من ميت معه .
وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول ايس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الاعرج وعبد الله
ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك وبجي بن آدم واسحاق يحيى ذلك عن ابن مسعود
قال الشعبي وقم الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى
عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم
يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا ما لكل واحد الاحياء من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو
الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن
عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف

إلا أن يكون له امرأة سواها إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها من وطء أو غيره في
مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فان
طارفته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة له فيما يفسخ نكاحها أشبه مالو خالقه وسواء كان للميت بنون
سوى هذا الابن أو لم يكن فان انتفت التهمة عنه بان لا يكون وارثاً كالكافر والقاتل والرقيق أو
كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن الميت أو بأبوين وابنتين أو كان للميت امرأة أخرى تموز
ميراث لزوجات لم ترث لا انتفاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم ترث لا انتفاء التهمة حال
الوطء ولو كان وارثاً حين الوطء فعاد محجوباً عن الميراث ورثت لوجود التهمة حين الوطء ولو
كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترث لا انتفاء التهمة لكون ميراثها لا يرجع إليه وإن
استكره الثانية بعدها ورثت الثانية لأنه متهم في حقها وأو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثتا معاً وهذا
كاه قول أبي حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فلا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام وكذا الحكم فيما إذا
وطئ المريض من يفسخ نكاحه بوطئها كأن امرأته فان امرأته تبين منه ورثته إذا مات في مرضه
وسواء طارفته الموطوءة أولاً لأن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل يسقط به ميراثها فان كان زائل العقل
حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون قاراً من ميراثها وكذلك لو
وطئ بنت امرأته كرها لها وهو زائل العقل فان كان صبيها عائلاً ورثت لان له قصداً صحيحاً وقال أبو
حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به وللشافعي فيما إذا وطئ الصبي بنت امرأته وأمها قولان أحدهما
لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرّم والثاني تبين امرأته فلا ترثه ولا يرثها وفي القبل والمباشرة دون

وروي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات
ابني فورثته ، وقال آخرها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى
صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين فجعل ميراث كل واحد منهما
للأحياء من ورثته فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون
هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الآخر
إذا اتفق ورائهم على الجهل بكيفية موتهم لأنهم اتداعى تتوجه اليهم على المدعى عليه فيحلف على إبطال
دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كافي سائر الحرق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه بهم لأن
اليمن لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به واحتج من قال بعدم تورث بعضهم من بعض بما روي
سعيد حدثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتلى البجعة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم
من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أم كلثوم بنت علي توفيت هي
وابنها زيد بن عمر قالتت الصبيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها وان
الفرج روايتان إحداهما تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة تحرم في غير النكاح والمالك
أشبهت الوطء والثانية لا تنشره لأنه ليس بسبب للبعضية فلا ينشر الحرمة كالنظر والخلو وخرج
أصحابا في النظر إلى الفرج والخلو لشهوة وجهها أنه ينشر الحرمة والصحيح أنها لا تنشر
(مسئلة) (وإن فعلت المرأة في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها وذلك بأن
ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فإن زوجها يرثها ولا ترثه وهذا قال أبو
حنيفة، وقال الشافعي لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبهه الرجل

(فصل) وإن اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عتيقا فاجل سنة فلم يصحبها حتى مرضت في
آخر الحول فاختارت فرقة وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ذكره ابن اللبان في كتابه وذكر القاضي
في الممتعة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها لأن فسخ النكاح في هذين المرضعين لدفع الضرر لا
لإفراز من الميراث وإن قبلت ابن زوجها بالشهوة خرج فيه وجهان أحدهما يفسخ نكاحها ويرثها إذا
كانت مريضة وماتت في عدتها وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والثاني لا يفسخ النكاح به وهو قول
الشافعي ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير
خلاف علمناه لأن النكاح من أصله فاسد في صحيح المذهب وهو قول الشافعي وروي عن أحمد ما يدل
على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لأن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الإفراز كما
لو فسخت المعتقة نكاحها

(مسئلة) (وإن خاف زوجات نكاح بعضهن فاسد أفرع بينهما فمن أصابها القرعة فلا ميراث لها)

أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثة فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتا ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا يثبت بالشك ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فإن قيل ففي قطع التوريث قطع تورث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روي إياس بن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال « يرث بعضهم بعضا » والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسئول وإياس برأيه عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الإمام أحمد عنه ، وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين : يعطي كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطالحوا . وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافا

قد ذكرنا أن النكاح الفاسد لا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي فإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنها ذكره أبو بكر فمن خرجت لها القرعة فلا ميراث لها وكذلك لو طلق واحدة من نسائه وانسيها لأنه اشتبه المستحق بغيره فوجب المصير إلى القرعة كما لو اعتق في مرضه عبيدا فأم يخرج من الثالث إلا أحدهم بروى ذلك عن علي رضي الله عنه وقد ذكرنا ذلك فيما قبل هذا الباب والاختلاف فيه والتفرع عليه (مسئلة) (إذا طلق أربع نسوة في مرضه فأنقضت عدتهن ثم تزوج أربعا سواهن فالميراث للزوجات وعنه أنه بين الثمان)

وجملة ذلك أن المريض إذا طلق امرأته ثم نكح أخرى ثم مات لم يخل من حالين أحدهما أن يموت في عدة المطلقة فترثاه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي والقول الآخر لأنث المبتوتة فيكون الميراث كله لثانية وقال مالك الميراث كله المطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وذكره بعض أصحابنا وجهها في المذهب لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا صحيحا فانها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو تزوج عليها لم يطلقها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا أو تزوج ثلاثا في مرضه فليس المطلقة الأربع ميراث لزوجات ولا لكل واحدة من الزوجات ربه

(الحال الثاني) أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث كله للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وفي الرواية الأخرى الميراث للأربع كما لو مات في عدة المطلقة

(ومن مسائل ذلك) أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو: من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه. ومن قال بالوقف وقف مالهما فإن ادعى كل واحد من المولين أن مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الحرقى وإن كانت لها أخت فلها اثنتان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على القول الثاني وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لأمراته الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الأولى فصحت من أربعة لأمراته ثمانية ولا بنته اثنتان وثلاثون ولا امرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الآخر بين أمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأما وعمها على ستة فصحت المستثنان من ثلاثة عشر لامرأة الأخ ثلاثة ولزوج الأخت ثلاثة وللأم أربعة بغيراتها من الأخ واثنتان بغيراتها من الأخت ولهم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما وأخوها على ستة: لأخيه سهم بين أمه وأمراته

وعند مالك الميراث كله المطلقة فإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح اختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة وبجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة خمسة فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان أحدهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والثانية ترث مهن ولا شيء للمنكوحة وعند الشافعي الميراث للمنكوحات ولا شيء. المطلقة فإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة؟ على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن ترث أختان فيكون مسلم يرثه ثمان أو أختان وتورث المطلقات بعد العدة يلزم من هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكر أنه غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان

(أحدهما) يكون الميراث بين الخمس، و (الثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون

الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرمن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تقيصهن منه.

قال شيخنا وكلا الوجهين بعيد، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على تورث الزوجات فلا تجوز

مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه، وأما الآخر

وعنه على اثني عشر نضرها في الأولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما ، ثلاثة أخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقد روت أحدهم أولاً فلامه السدس والباقي لأخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فنضرها في الأولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الأول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الأخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الأخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسئلة أبو بكر : ثلاثة أخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه فقد روت الأخ من الأبوين أولاً عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبيه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الأخ من الأب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجزي باحديهما ونضرها في الأولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الأخ من الأم عن أخت لأبوين وأخ وأخت لام فثلاثة من خمسة أيضاً نضرها في الأولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الأخ من الأب عن أخت لأبويه وأخ وأخت لأبيه فهي من ستة ثم مات الأخ من الأب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة

فلأن الله لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجة وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى القول الأول وهو المختار يرثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني يكون فيه وجهان . (أحدهما) : أنه بين الثماني . و (الثاني) . أن الميراث كله للمطلقات ، وهو قول مالك لأن نكاح المتجددات غير صحيح عنده ، وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات إلا في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن إلا في قول مالك ومن وافقه .

(فصل) ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن في مرضه وقال قد أخبرني بانقضاء عدتهن وكذبته فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأوثوي إذا كان بعد أربعة أشهر وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً ، والأول أصح لأن هذا الحكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لهن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثته المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقتلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن ماتت منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثة أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو

تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يفتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة وبنتا وعما وخلف الآخر ابنتين وبنتين الاولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومستهة من ثمانية لآخيه منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتقمان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن ابهم ربهما وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة وابنته أربعة وعشرون

(فصل) وإن علم خروج روحها معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من وريثه لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الفرقى الذين جهل حالهم وإن ادعى ورثة كل ميت أنه أخرهما موتا فهي مسئلة الحرقى رضي الله عنه وقد نص فيها الامام أحمد رحمه الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميرانه فيحتمل ان يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتخرج في

من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فاليراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأف العقد على الباقيات من الجميع جاز وكان صحيحاً فان تزوج المنكوحات في أربع عقود مات من المطلقات واحدة ورث مكانها الاولى من المنكوحات وإن مات اثنان ورثت الاولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والولؤلؤي فأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعي فيباح عنده الزويج في عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أربعاً ونكح أربعاً في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فاليراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان : (أحدهما) ان الميراث بين الثمان . وعلى الثاني هو للمطلقات خاصة ، وإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء وإن مات اثنان فللزوجات نصف الميراث ، وإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباعه إن كان نكاحهن في عقد واحد وإن كان في عقود متفرقة فإذا ماتت من المطلقات واحدة فميراثها الاولى من المنكوحات ، وميراث الثانية والثانية وميراث الثالثة والثالثة

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه إحدا كن طالق يعني واحدة بعينها طالقت وحدها ويرجع إلى تعيينه ويؤخذ بنفقة كلهن إلى أن يعين ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين فان قال أردت هذه طالقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طالقت الرابعة فان عاد فقال أخطأت إنما أردت هذه طالقت الاخرى ، وإن متن ، أو أحدها ، قبل أن يبين رجع إلى قوله فن أقر بطلاقها حرمانه

الجميع روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لان هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله اعلم

(مسئلة) قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرفيق والقاتل فهذا لا يحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فانهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرفيق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القاتل دون غيره وأهلهم تسمكوا بعموم قوله تعالى (فان كان له من ولد فلكم الربع مما تركن - وإن كان لكم ولد فلهم الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولا يورثه اكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد واخوة وعدم ارثهم لا يمنع حجبتهم كالاخوة مع الابوين يحجبون الام ولا يرثون

ولنا أنه ولد لا يحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم

ميراثها وأحلفناه لورة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي وإن لم يعين بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فماتت أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها .

روى ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور ، وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال إن لي ثلاث نسوة وإني طلق واحدة فبنت طلاقها فقال ابن عباس إن كنت نويت واحدة بعينها ثم أنسيها فقد اشتركت في الطلاق وإن لم تكن واحدة بعينها طلق أيهن شئت .

وقال الشافعي وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطئ واحدة كان تعييناً لها بالذكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي لا يكون تعييناً فان مات قبل أن تتبين فالميراث يذهب كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي يوقف ميراثهن وان كان الطلاق قبل الدخول دفع الى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي من مهرهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث يذهب وان متن قبله طلقت الاخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي يرجع الى تعيينه على ما ذكرنا .

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولا يمارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فانه قال إذا ثبت لنا عن علي قول ام نعهه الى غيره وقال ما علمي الى علم علي إلا كالقرار الى المتعذر ولانه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالتق وقد ثبت هذا في العتق بخبر عمر ان بن حصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل

كالميت ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال (إن امرؤ ترك أمه وأبيه وأخته) لم يدخل هذا فيهم ، وأما الأخوة مع الأب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الأب لورثوا وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لأن غيرهم أولى منهم فاستناع أرثهم لما لم لا انتفاء المقتضي

(فصل) فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ، كالأخوة المحجبون الأم وهم محجبون بالاب لأن عدم أرثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال أرثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسئلتنا. فعلى هذا إذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فلام السدس والباقي للأب ويحجب الأخوان الأم عن السدس ولا يرثون شيئاً ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أمه لحجب الأب أمه عن الميراث وحجبت أم أم الأم على قول. من يحجب الجدة بابنها والبعدي من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للأب

فيه القرعة كالسفر والقسمة بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى أحدها من مالا تستحقه وتنقيص بمضن حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً .

(فصل) ولو كان له امرأتان فطلق إحداها ثم ماتت إحداها ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة ولم ترثه إن كانت الأخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الأولى ولا ترثه الأخرى ، وللشافعي قولان أحدهما يرجع إلى تعيين الوارث فإن قال طلق الميتة لم يرثها ، ورثته الحية وإن قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية ، والقول الثاني بوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ، وإن كان له امرأتان قد دخل بأحدهما دون الأخرى فطلق إحداها لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فأما حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية . وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللأخرى ربعه لأن المدخول بها نصفه يقرن والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والباقي موقوف .

وإن كانتا مدخولا بها فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى ، وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللأنتين نصفه ، وعند الشافعي بوقف نصفه .

(فصل) في ميراث الحمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ما حكى عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي ، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ، لأن الحمل لاحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كالكرش فظن أن لاولاد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحى بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعاً وكانوا خلقاً سوياً إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصار عني أحدم فصر عني فكنت أعير به فيقال صر عك سبع رجل وقد أخبرني من أتق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال ولدت امرأتني في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكراً وإناثاً وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم فكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فله خامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع ، وقال أهل العراق لمن ثلاثة أربع الميراث بينهما ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أربع الميراث ومهر ونصف بين الأربع فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تعط شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبه ثلاث دفع إليهن نصفه وإن طلبه الأربع دفع إليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احداً كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لأنها شريكة ثلاث وباقي بين الأربع كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لأن الطلاق نقصها وثلاثاً معها نصف مهر ويبقى الأربع ثلاثة مهور وثمان بينهما في قول أهل العراق ، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر وللأربع ربع ما بقي وثلاثة مهور وثمان ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك احداً كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين جزءاً من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقي بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع إلى كل واحدة نصيب

(فصل) في الاشتراك في الطهر إذا وطئ رجلاً امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأت بولد يمكن أن يكون منهما كأن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم

من كان يقرأ علي وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غيره هذا نادر ولا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والأوزاعي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بنى اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم واظن الرابع اسماعيل وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمير من الورثة

وانا ان ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وان بقي منه شيء رد إلى أهله وان أعوز شيئاً رجم على من هو في يده

(مسائل) من ذلك امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن ولبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع إليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وان كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ومتى زادت الفروض

بيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها، أو يطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيزوجها رجل في عدتها ويطؤها ، أو يطلق إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها سيدها أو زوجها فيه ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والأوزاعي والشافعي ، فان ألحقته بأحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنيهما وهذا قول الأوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وعن مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطئ بشبهة ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد وإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ما لم يوجد قافة ، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القاتقان في نسبه فقال أبو بكر بضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقه عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أتفق ، وإذا ادعى اللقيط اثنان أرى القافة معهما وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرى ولده القافة مع المدعين ولو مات الرجلان أرى القافة مع عصبتها ، فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق ونص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي ثور وأبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وروى أيضاً عن أبي يوسف

على ثلث المال فيراث الاناث اكثر فاذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين والابوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوى ههنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمنها كاملاً والابوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمين، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناً من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتمال أن تعول المسئلة، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالاثلاث وتضرب ثلث احدهما في جميع الاخرى تكن الفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف. زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية للزوج ثلاثة والام سهم ويوقف أربعة وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة وإلى الام سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضمينا هكذا حكى الخبري عنه، فان كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة او احد من ولد الاب لم يهبط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فالزوج الثلث وللأم السدس وللجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس ويوقف

وقال أبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فان ادعىاه معاً فهو ابنيهما وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معاً فانه يكون لهم جميعاً وروي أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة مع اليمين وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولاً عليها في باب اللقيط والغرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسأله

(مسئلة) (إذا ألحق باثنين فمات وترك أما حرة فلها الثلث والباقي لهما وإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أو لاحدهما ابنان فلامه السدس وإن مات أحد الابوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين فان مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاختوته لانهما محجوبان بالاب الباقي، فان مات الغلام وترك ابناً فللباقي من الابوين السدس والباقي لابنه وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه، فان كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولا شيء للمدعين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للابن فان لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان أخوين والمدعى جارية فماتوا وخلفا أباها فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فان مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن وحكى الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لهما الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن، وإن كان المدعي ابناً فمات أبواه ولا أحدهما بنت ثم مات أبوها فيراثه بين الغلام

السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه وابو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين
 ويقف أربعة اسهم وحكي عن شريك أنه كان يقول بقول علي في الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون
 عنده من تسعة وتقف منها اربعة ، ولولم يكن فيها زوج كان للام السدس وللجد ثلث الباقي وتقف عشرة من
 ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان والام السدس ويقف^(١) السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف
 الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمنين ، ومتى خلف ورثة واماتحت الزوج فينبغي للزوج
 الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا كذا روي عن علي وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي
 وقتادة في آخرين ، وان وطئها قبل استبرائها فانت بولد لاقل من ستة اشهر ورث لاننا نعلم أنها كانت
 حاملا به ، وان ولدته لاكثر من ذلك لم ترث الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها
 (فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين (أحدهما) أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم
 ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر فان أنت به لاكثر من ذلك نظرنا فان كان لها زوج أو سيد
 بطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لاتوطأ اما لعدم الزوج
 أو السيد واما انهيتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل

والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الفلام يضرب بنصيب ابني ابن ، فان كان اسكل
 واحد منهما بنت فلللام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه وعلى القول الآخر له
 ثلثاه ولها سدسها ، وإن كان المدعيان رجلا وعمه والمدعي جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر
 فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول
 الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعي رجلا وابنة فمات الابن فلها نصف ماله
 وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب
 وابنه قدم الأب ولم يكن الابن شيء وان مات الأب أولاً فماله بين أبيه وبينهما على ثلاثة وتأخذ نصف
 مال الأصغر لكونها بنته والباقي لكونها اخته وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعي وقف نصيبه
 ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا

(فصل) وإذا كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا والفاتم مات الثاني وترك ابنا والفين
 ثم مات الثالث وترك ابنا وعشرين الفاتم مات الفلام وترك أربعة آلاف وأمّا حرة وقد ألحقته القافة
 بهم فقد ترك خمسة عشر الفاً وخمسمائة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة اثلاثاً ، وإن كان موتهم
 قبل ثبوت نسبه دفع الى الام ثلث تركته وهو الف وخمسمائة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب
 الاف فيرث منه خمسمائة وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن
 صاحب الاف وابن صاحب الافين ما وقف من مال أبويهما لأنه إن لم يكن أخاهما فذلك لهما من
 مال أبويهما وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بارثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة

وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الأخرى سنتان (وإثاني) أن تضعه حيا فان وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة وانفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « إذا استهل المولود ورث » وروى ابن ماجه بإسناده عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخا فالشهور عن أحمد رضي الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل ، وروى ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق لأن مفهوم قول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس « إذا وقع صارخا فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فإن الأهم يخرج سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت

آلاف وثلث الف ويبقى ثلثا الف موقوفة بينه وبين الأم لأنه يحتمل أن يكون أخا فيكون قدماء عن أربعة عشر ألفا لأمه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الألف كلها ويدعي منها ابن صاحب الألفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الأم وسدس الألف بين الأم وابن صاحب الألف ، فإن ادعى أخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الأول خمسة أنساع منها تسعان بين الفلام والبنت وثلثة أنساع بينه وبين الأب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه وبين الأب ، فإن مات الأب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الفلام وبنت الابن لأنه ابن ابنته يدين ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وينظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فيعطيه أقلهما ، فللأفلام في حال كل الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الأول وفي حال كل الموقوف من مال الأول وثلث الموقوف من مال الثاني فله أقلهما ، ولبنت الميت الأول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال أمها . ولبنت الأب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشار من مال الأول في دفع إليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى . فإن اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضها قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها ما بينا في الدرامم إن تراضوا بذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه على الصلح

أجزاءه ثم خرج إلى مكان فسمع فأنه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستمرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ما هو قبيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسئلة . ورواه أبو طالب عن أحمد قال لا يرث إلا من استهل صارخا ، وإنما سمي الصراخ من الصهي الاستهلال تجوزاً والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضاً فسمى الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصهي المولود استهلالاً لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوصف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث إذا استهل قبل له ما استهلاله ؟ قال إذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبهه الصراخ

وعن أحمد رواية ثالثة إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لأنه حي فتثبت له أحكام الحياة كالاستهل وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حياً فاستهل ثم انفصل بآتيه ميتاً لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي

(فصل) ولو ادعى اثنان غلاماً فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما وترك ألفاً وعماً وبناتاً ثم مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركتها أيها ثلثها وللغلام ثلثها وتركها الثاني كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لأنه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلا يثبت له الأول ثلث ألف ويوقف ثلثها وجميع تركته الثاني، فإذا مات الغلام فلامه من تركته ألف وأشعاً ألف لأن أقل أحواله أن يكون ابن الأول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لأنه لهما أما عن صاحبهما أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لأنه له أما عن جده وأما عن عمه وتعطى الام من تركته الغلام ألفاً وتسمى ألف لأنها أقل ما لها ويبقى ألف وسبعة أضعاف ألف تدعي منها الام أربعة أضعاف ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن ألفاً وثلثاً تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفاً بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين وادعتهما مائة أري القافة معها فإن ألحقته بأحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات وإن ألحقته بهما أو نقتله عنهما لم يلحق بأحدهما وإنما قامت لكل واحدة منهما نينة تمارضتا ولم نسمع يتيهما وبه قال أبو يوسف والشافعي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثاه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى اليتيمين كاذبة يقينا فلم نسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها لعدم العلم بهيها ولأن هذا محال فلم يثبت بينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة مهاجرة ادعاه رجلان

الله عنه وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام « اذا استهل المولود ورث » ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبهه ما لو مات قبل خروج أكثره

(فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكراً وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصعابنا من قال يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم يعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة. وقال الحبري ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين وبوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال . (ومن مسائل ذلك) رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقبل إن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لأمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لام الميت ثلاثة ولام الولد خمسة ولأم عشرة ، وإن كانت البنت المستهلة فالمسئلة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لأمها سهم ولأمها سهمان والستة

كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما وإن صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغاً فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبيّاً مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعاً وقد ذكرنا لحاق النسب في هذه المسائل والاختلاف فيه وإنما ذكرناه ههنا لأجل الميراث لانه مبني عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الاقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر الورثة كلهم بوارث فصدقهم أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه وارثه سواء كان الورثة جماعة أو واحداً ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه كذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن زمعة وأقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجني منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب الا باتنين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين .

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلا يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

تدخل في ثمانية عشر فن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير ولهم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فياخذه ولام الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فياخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى بصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمستلثان من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فان كان معهما بنت فكل واحدة من المستلثين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وهم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا فاستهل أحدهما فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين ، وإن كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمستلثان متباينتان فاضرب أحدهما في الاخرى تكن أربع مائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المستلثين مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها ثمة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فان كانت المرأة والام حامين فوضعنا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة

(فصل) في شروط الاقرار بالنسب لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة أو عليه ، على غيره فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقربه مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه (والثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقربه يحتمل أن يولد مثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثبت وجري مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه ، وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه . فاما إن كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقارره بأخ اعتبر مع الشروط الاربعة شرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة ، فان كان المقر زوجاً أو زوجة ولا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله فان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وان كان الوارث أما أو بنتاً أو أخناً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالأبن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله نسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافق الامام في الاقرار وجهان وهذا من قروع الرد وقد ذكرناه ، فان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله وإذا أقر بآبن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي

وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم

(فصل) وإذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الأصل عدم استهلاله . فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه . وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي (ومن مسائل ذلك) أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الاخرى أو تكرر من واحدة فقبل ان كان بينهما جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكمهما حكم القرقي فن ذهب إلى انه لا تورث إحداهما من الاخرى قال قد خلفا أما واختا وهما فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالادس فتصير ستة وثلاثين للأم اثنا عشر وللأخت كذلك ولعم نسمة وتنف ثلاثا تدعي الام منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الأخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم . زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل

تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين . وورثه أوقاتلا فلا عبرة به ويثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يجوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وان لم يكن وارثاً لوجود مانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً (مسئلة) (وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه كاخ يقر بابن للميت أو ابن ابن يقر بابن للميت أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فانه يثبت نسبه بذلك ويرث ويسقط المقر)

هذا اختيار ابن حامد والقاضي وابن شريح وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان تورثه يفضي إلى اسقاط تورثه فسقط لانه لو ورث لخرج المقر عن كونه وارثاً فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتورثه فيؤدي تورثه إلى اسقاط تورثه فأثبتنا النسب دون الميراث ولنا أنه إن ثبت النسب لم يوجد في حقه مانع من الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه بيينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا تورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ، وما احتجوا به لا يصح لانا انما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه عن الميراث بالاقرار لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة . فان قيل إنما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به نصار اقراراً من جميع الورثة وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله ، قلنا ومثله ههنا

أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو فإن كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين، وإن تكرر من الأخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة لأجد منها سهم وإن كان منهما فللام السدس وللزوج النصف ولأجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة ولأجد خمسة وثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بلا نساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون والام تسهما المال من مسئلة استهلالاً ما معاً ستة وثلاثون ولأجد السدس من مسئلة استهلال الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعي الزوج منها سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها الجد سبعة وثلاثين وتعمل الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع إليها لان الزوج والجد يقران لها بها

(نهل) وإذا ضرب بطن حامل فاستقلت فلي المضارب غرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وماتر الفقهاء الا شيئاً يحكى عن ربيعة والبيث وهو شذوذ لا يدرج عليه، فإن قبل فكيف تورثون منه وهو لا يرث قلنا نورث منه لان الواجب بدل عنه فورثته ورثته

فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كان اثنين أحدهما صغير فأقر البالغ ماخ آخر لم يقبل ولم يقرلوا به ولا يعتبر موافقته كذا ههنا، ولانه لو كان في يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به أخيه ثبت المقر له، وان كان المقر يخرج بإقراره عن كونه مالكا كذا ههنا

(مسئلة) (وان أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به)

وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث شارك لهم في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته في حق المقر دون المنكر ولا اثباته في حقها لان أحدهما منكر فلا يقبل إقرار غيره عليه ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولو كان المقر عدلان لانه إقرار من بعض الورثة، وقال أبو حنيفة يثبت اذا كانا عداين لانهما بيته فهو كما لو شهدا به

ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد، وفارق الشهادة لانه يعتبر فيها العدالة والأكدرية والإقرار بخلافه . فاما ان شهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به ثبت النسب وشاركهم في الارث لانهما لو شهدا على غير موروثهما قبل فكذلك اذا شهدا عليه

(مسئلة) (وعلى المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه)

اذا أقر بعض الورثة ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده كن خاف ولدين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وان أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده عن ميراثه ههنا قول مالك

كدية غير الجنين، وأما توريته فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورته مع الشك في حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثه عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصبائه الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا فقال له الضحاك الكلابي كتب الى رسول الله ﷺ : أن أوث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى الامام احمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم ، وباسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « والمرأة ترث من مال زوجها وعقله ويرث هو من مالها وعقلها مالم يقتل واحد منهما صاحبه » إلا أن في اسناده رجلا مجهولا وقال ابراهيم قال رسول الله ﷺ « الدية على الميراث والعقل على العصبه » وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه

والاوزاعي والثوري وابن أبي بلي والحسن بن صالح وشريك ومجيب بن آدم ووكيع واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحامد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه مافي يده لانه يقول أنا وأنت سوا في ميراث أيينا وكأن ما أخذ المنكر تاف أو غصب فيستوي فيهما بقي وقال الشافعي وداود لا يلزمه في الظاهر دتم شيء اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لا يلزمه لانه لا يرث من لا يثبت نسبه وإذا قلنا يلزمه ففي قدره وجهان

ولنا على الشافعي أنه أقر بحق مدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فلزمه ذلك كما لو أقر له بيمين ولانه اذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه لزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع ، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم يقم بينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق تعلق بحل مشترك بانقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قطعه كما لو أقر أحد الشريكين بجنابة على العبد ولان التركة بينهم اثلاثا فلا يستحق مافي يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة ، ولانه اقرار بتعلق بخصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولانه لو شهد معه أجنبي بالنسب ثبت ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها نفعا الى نفسه لسكونه بسقط بعض ما يستحق عليه . فعلى هذا إذا خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ فلا مقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا

وعن أحمد نحو من هذا وقد ذكر الحرق فيمن أوصى بثلاث ماله لرجل قتل وأخذت دية فلموصى له بثلاث ثلاث الدية في إحدى الروايتين والأخرى ليس لمن أوصى له بثلاث من الدية شيء، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان : أحدهما أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه فيكون بدل ماله كدية أطرافه المقتطوعة منه في الحياة ولا يؤولها سقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً وليس له اسقاط حق الورثة ولا إهمال موروث فأشبهت سائر أمواله والأخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلاً للملك وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافاً في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لانه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في دية

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان [أحدهما] الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر ففرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قرية فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة

الثلاث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده وهو الربع، وإن أقر باخت دفع إليها خمس ما في يده لأنه يقول نحن اخوان واخت فللك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع إليها خمس ما في يده وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة وهما يستحق الثلث فافترقا

(فصل) إذا خلف ابناً واحداً فافر بأخ من أبيه دفع إليه نصف ما في يده في قول الجميع فإن أقر بعده بآخر فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث ما في أيدهما في قولهم جميعاً، فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به أولاً لم يثبت نسبه قال القاضي هذا مثل العامة ادخلني أخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لأنه لم يقر بأكثر منه . وقال الشافعي يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة لأنه أتلفه عليه بأقراره الأول . قال شيخنا ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الأقرار وإن لم يصدق المقر به الأول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده لأنه الفضل الذي في يده، ويحتمل أن يلزمه ثلث جميع المال لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وسواء دفعه إليه بحكم حاكم أو بغير حكمه لأن إقراره على حكم الحاكم وعلم بالحال عند إقراره بالأول أو لم يعلم لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف، وحكي نحوه هذا من شريك ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل ضمن لأنه فوت حق غيره بتفريطه وإن لم يعلم لم يضمن لأنه لا يجب عليه الأقرار بالأول إذا علمه ولا يجوز به إلى

الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي انه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لان العدة انما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فان بان حيا أخذه ورد الفضل إلى أهله ، وان علم انه مات بعد موت موروثه دنع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وان علم انه كان ميتا حين مرت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول ، وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتا ، وكذلك إن علمنا انه مات ولم يدرك متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في القديم واقفا في الزوجة انما تزوج خصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباتين ، فأما ماله فانفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش فيها على ما سئله على ما سئله في الصورة الاخرى ان شاء الله تعالى ، لانه مفقود لا يتحقق موته فأشبهه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد ، واذا ثبت ذلك في

حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا بضمن وقيل هذا قياس قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة إن كان الدنع بمحكمة حاكم دنع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها وان دفعه بغير حاكم دفع الى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا ولنا على الاول أنه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى الى نفسه وان أقر بهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذبا لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه ما زاد التفصيل في التي قبلها وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة .

(مسئلة) (فان لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به)

لانه لم يقر له بشيء . فاذا خلف أخا من أب وأخا من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه لان كل الورثة أقروا به وبأخذ جميع ما في يد الاخ من الاب لانه يسقطه في الميراث ، وان أقر به الاخ من الاب وحده أخذ ما في يده لما ذكرنا ولم يثبت نسبه لان الذي أقر به لا يرث المال كله ، وان أقر به الاخ من الام وحده فلا شيء له لانه ليس في يده فضل يقر له به وكذا ان أقر بأخ آخر من امه لذلك فأما ان أقر بأخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث ما في يده لان في يده السدس فباقراره اعترف أنه لا يستحق من الميراث الا التسع فيبقى في يده نصف النسم وهو ثلث ما في يده ، وقال ابو حنيفة في ثلاثة اخوة مفترقين اذا أقر الاخ من الام بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فله المقر به خمسة أصباع ما في يده وعلى قولنا لا يأخذ منه شيئا لانه لا فضل في يده

النكاح مع الاحتياط الأضاع في المال أولى . ولأن الظاهر هلاكه فأشبهه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها [النوع الثاني] من ليس الغالب هلاكه كالسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان (إحداهما) لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ولا توقف هنا فوجب التوقف عنه

(والرواية الثانية) انه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد وهذا قول عبد الملك بن الماجشون لأن الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا ، وقال عبد الله بن عبد الحكم ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد وله يخرج بقول النبي ﷺ « أعمار امتي ما بين الـبعين والستين » أو كما قال ، ولأن الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسعين

وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قال ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم

«مسئلة» (وطريق العمل فيها أن تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار وتندفع الى انقرسهم من مسئلة الاقرار مضروباً في مسئلة الانكار)

والمنكر سهم من مسئلة الانكار مضروب في مسئلة الاقرار وما فضل فهو المقر به فلو خاف ابنين فأقر أحدهما بإخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للمنكر سهم من الانكار في الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار في الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان صدق المقر مثل سهمه وان أنكر مثل سهم المنكر وما فضل للمختلف فيه وهو سهازان في حال التصديق وسهم في حال الانكار، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عا به من المنكر في حال التصديق الاربع ما في يده صححها من ثمانية للمنكر ثلاثة والمختلف فيه سهم واحد من الاخوين سهمان . اذا خاف ابنين فأقر الأكبر بإخوين فصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ، فمسئلة الانكار إذاً من ثلاثة ومسئلة الاقرار من أربعة فتضرب احدهما في الأخرى تكن اثني عشر للأصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللأكبر سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان صدق بصاحبه مثل سهم الآخر ، وإن أنكر مثل سهم الأصغر ، وذكر أبو الخطاب أن للمتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الاربع ما في يده لانه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الآخر نصف ما في يده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة وأمان والمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم . وذكر ابن البان أن هذا قياس قول مالك والشافعي ، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر

ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء ، وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار ، فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود ، قال الأوّلوي : وهذا قول أبي يوسف ، وحكي الخبري عن الأوّلوي انه قال : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته . قال وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن الأوّلوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقهه يوم ومات مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئاً ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقى انه لا يورث احدهم من صاحبه ويرث كل واحد الأحياء من ورثته ، قال القاضي هذا قياس قول احمد وانفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الأحياء من ورثته بم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم ، واختلفوا فيمن مات وفي ورثته مفقود فذهب أحد واكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تنضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على أنه حي ثم على أنه ميت ونضرب إحداهما في الأخرى إن تباينت أو

من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي فأنها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه الى النصف الذي هو بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثاً فتصح من تسعة ، للمنكر ثلاثة ، ولكل واحد من الأخوين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا .

قال شيخنا ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان وقيل يدفع الأكبر اليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده فيحصل للأصغر الثلث والأكبر الربع ، والمتفق عليه السدس والثلث ، والمختلف فيه الثمن ، وتصح من أربعة وعشرين : للأصغر ثمانية ، والمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذه والاول أصح إن شاء الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل فتصادقا ثبت نسبهما فان تجاحدا فكذلك في أقوى الوجهين لان نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، فان صدق

في وقتهما ان انفقتا وتجزى، بأحدهما ان نمائلتا أو باكثرهما ان تناسبتا وتعطى كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئاً وتقف الباقي ولهم ان يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود واختاره ابن اللبان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي متفية ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل ان جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة وتقف نصيب المفقود لا غير ، والاول أصح ان شاء الله فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقته ويقين الحياة معارض بظهور الموت فينبغي ان يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحل والاستهلال ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفة كما تقدم في نظائره ووجوب وقفة لا يمنع الصلح عليه لذلك ولان تجوز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير اذنه ، وظاهر قول الوني هذا أن تقسم المسألة على أنه حي ويقف نصيبه لا غير ، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسم المال على الموجودين لانهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك ، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه

صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عايشه وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلفت إلى إنكار المنكر منهما سواء بمحادداً معاً أو جحد أحدهما صاحبه لا بما لم كذبها فأنهما لا يفرقان ، ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب الآخر وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت به نسب الكبيرين المتجاحدين ، وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ فيه احتمالان (أحدهما) يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فهو كالنفرد (والثاني) لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بالآخر فلم يتفق كل الورثة على الاقرار به فلم تعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين .

﴿ مسألة ﴾ (فان أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الاول نصف ما في يده) بغير خلاف وثبت نسبه لانه أقر به كل الورثة ويقف ثبوت نسب الباقي على تصديقه لانه صار من الورثة ، وبطل الثاني ثلث ما بقي في يده لانه الفضل فانه يقول نحن ثلاثة

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقر بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من ارثها بقدر حصته) يعني يلزمه ما يفضل في يده لها عن حقه كما ذكرنا في الاقرار .

﴿ مسائل ﴾ من هذا الباب إذا خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه احد أخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بالأخ اليه ربع ما في يده ويدفع المقر بهما (المفني والشرح الكبير) (الجزء السابع) (٢٧)

وابن ابن ابوه مفقود والمال في يد الابنتين فاخصموا الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترفت الابنتان بفقده أو ادعتا موته وإن كان المال في يد ابن المفقود لم يعط الا بنتان الا النصف أقل ما يكون لهما وإن كان المال في يد أجنبي فأقر بان ابن مفقود وقف له النصف في يده وإن قال الأجنبي قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنيتين وبوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

(ومن مسائل ذلك) زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت، من سبعة وعشرين لانها مسألة الاكدرية ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالانقسام فتضرب تسع إحداها في الاخرى تكن أربعة وخمسين، وللزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت والسادس من مسألة الحياة فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت وتسعة من مسألة الحياة فيأخذ التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان أن الأخ هي أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة، واختار الخبري أن المدة

اليها ثلث ما في يده ويدفع المقر بالأخت اليها سبع ما في يده، فأصل المسئلة ثلاثة أسهم، سهم المقر يقسم بينهما وبينه على تسعة، له ستة ولها ثلاثة، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم، وسهم المقر بالأخت بينهما على سبعة، له ستة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة ثم في أصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسون، للمقر بها ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون، والمقر بالأخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر، والمقر بالأخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة تسعة وثمانون، وللأخ المقر به سهمان في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في سبعة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر، وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون، وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون، فيجتمع لها أربعة وستون، ولا فرق بين تصادقهما وتجاورهما لانه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه، ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان أصل المسئلة من أربعة أسهم: سهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم يفرد به الجاحد فتصح المسئلة من الف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها:

(فصل) إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الأخت هي بنت فلها

ثلث ما في يد الأخت لا غير.

وهذا قول ابن أبي ليلى ولحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبط كثير يطول ذكره وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الأخت هي أخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات

إذا مضت ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته فإنه كان محكوماً بحياته لأنها البقية وإنما حكمنا بموته بمضي المدة

ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر من لا يعلم حاله فإذا لم يتبين حياته لم يكن لورثته كالوقوف للحمل، ولورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة، زوج وأبوان وابناتان مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروباً في اثنين ثم في ثلاثة عشر وتقف الباقى، وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل وعلى هذا. وإن كان المفقود محجب ولا يرت كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الأبوين وقيل لا يوقف ههنا شيء. وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا محجب بالشك كما لا ترث بالشك والاول أصح لأن دفع السبع إليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقبنا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها وبعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم

على حسب اقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف، وأقرت لها المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم لها منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح، فإذا بلغت الصغيرة فصدقت أحدها من أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه، وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن ليلي يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به فإذا بلغت فصدقت أحدها من أمكست ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله لأن فيه احتياطاً على حقها.

ثلاثة أخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لآبيه وأمه فصدقها الأكبر وقال الأوسط هي أخت لام وقال الأصغر هي أخت لأب فان الأكبر يدفع إليهما نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة، فمسئلة الأكبر من اثنين ومسئلة الثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون وهذا قياس قول ابن أبي ليلي، وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم إلى نصف ما بيد أحدهما وتضيفه إلى ما بيد الآخر وتقامم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فتضم الثلاثة إلى ما بيد

(فصل) والاسير كالمفقود اذا انقطع خبره وإن علت حياته ورث في قول الجمهور ، وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لأنه عبيد ، وحكي ذلك عن النخعي وقاتدة والصحيح الاول والكفار لا يكون الا حرار والله أعلم

(فصل) في التزويج في المرض والصحة ، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية ، وعن الزهري وبجي بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث كالأمة والأمية فقال بعضهم يصح لأن لا يتم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث ، وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن إن قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

ولنا انه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله

الأ كبر وتقاسمه على ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل ما في يد الأصغر أربعة عشر ليكون لسبعة نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصغر سبعة وهو ستة وعشرون تظم الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معه مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة تضمها الى ما بيده الا كبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون والأصغر مائة وستة وخمسون ورجع بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون

(فصل) إذا خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحد لم يقبل جحد جحد ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده ، فان أقرب جحد بأخ آخر احتمل ان لا يلزمه له شيء ، لأنه لا فضل في يده عن ميراثه وهذا قول ابن أبي ليلى وان كان لم يدفع الى الاول شيئاً لزمه ان يدفع اليه نصف ما بيده ولا يلزمه للآخر شيء لما ذكرنا ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقي كله الى الثاني لأنه قوته عليه وهو قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث ما في يده للثاني لأنه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر بالثاني من غير جحد الاول ، وهذا أحد الوجود لأصحاب الشافعي ، وقال اهل العراق ان كان دفع الى الاول بقضاء دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال ، وان خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثم جحد ثم أقر بالآخر لم يلزمه للثاني شيء لأنه لا فضل في يده وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف ما بقي في يده وعلى الاحتمال الثالث يلزمه دفع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

بشرطه فيصح كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته وبشركنها في ميراثها فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولأن النبي ﷺ قضى لبروع بنت اشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي وإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أول فانه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً ، قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميراث يقسم بينهما على حسب الدعاوى والتزويل كميراث الخنثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الأمر فلو تزوج

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتاً فأقر الباقي باخ له من أبيه فقي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربماً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به فإن أقرت به البنت وحدها فقي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الأخ دفع إليه نصف ما في يده وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها زعم أن له ربماً وسدساً وذلك خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة . بتان وعممات أحدهما وخلفت ابناً وبنتاً فأقرت البنت بخالة فقريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين لها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فيدفع إليها سهماً ، وإن أقر بها الابن دفع إليها سهمين ، وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت إليها التسم وإن أقر بها العم لم يدفع إليها شيئاً ، وإن أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع ، وإن أقرت به اخته دفعت إليه ربع تسع ، وإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس ، وإن أقر به العم دفع إليه جميع ما في يده . ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لايه فقريضة الانكار من أربعة للمقر منها ثلاثة أرباعا وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منهما أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهماً يدفعها إلى المرأة التي أقر بها ويرجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة ، وإن أقرت بها البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها ، وإن أقر الابن بزوجة لايه وهي أم الميت الثاني فمسئلة الاقرار من ستة وتسعين لها منها

امراة في عقد وأربعا في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهرأ كاملا ينكره الاخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم للواحدة نصفه وللاربعة نصفه ، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربهما ميراثا ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيا وهو مهران وربع بين الاربع وبين الاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثة في عقد وام يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس . فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثا فللواحدة ربهما يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه ومنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعة هذا قول محمد بن الحسن

سنة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع ففضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختار الى اثني عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريقه . ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي فالقريضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت أربعة فاسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للابوين منها ستة وأما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلاثا سهم فيبقى لهما في يد البنيتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذا لابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة ، يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون ، وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثا خمسة وثلاثا وبقي لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

(مسئلة) (اذا قال مات أبي وانت اخي فقال هو أبي ولست بأخي لم يقبل انكاره لانه نسب الميت اليه بانه أبوه واقرب مشاركة المقر له في ميراثه بطريق الاخوة فلما انكر اخوته لم يثبت اقراره به وبقيت دعواه انه أبوه دونه غير مقبولة كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار . فاما ان قال مات أبوك وانا اخوك فقال لست بأخي فالمال للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت أبوه فثبت ذلك له ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الابوة للاول فاذا انكر الاول اخوته لم تقبل دعوى هذا المقر

(مسئلة) (فان قال مات زوجتي وانت اخوها فقال لست بزوجة فهل يقبل انكاره؟ علي وجهين)

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهماً ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي رضي الله عنه تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور : مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان ربه ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ ، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربه الى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاثه بين الثلاث والاثنتين موقوف ، فان طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريتين لم يدفع اليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنين دفع اليها ربع الميراث وإن طلبه واحدة من الاثنين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه ، وإن عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت ، وإن وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق يكون تعييناً ، فان كانت للموطوءة من الاثنين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنين ،

وهذه المسئلة تشبه الاولى من حيث انه نسب الميتة اليه بالزوجية في ابتداء اقراره كالنسب الابوة اليه في قوله مات ابي ، وتفاقمها في ان الزوجية من شرطها الاشهاد ، ويستحب الاعلان بها واشهادها فلا تكاد تخفى ويمكن اقامة البينة عليها بخلاف النسب فانه انما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً

(فصل) اذا اقر من اعيلت له المسئلة بمن يزيل العول كزوج واختين اقرت احدهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للذكر من مسئلة الانكار سهران في مسئلة الاقرار ستة عشر وللمقرة منهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار سبعة يبقى في يدها تسعة ، فان انكر الزوج دفعها الى اخيها المقر به وتعطي الزوج ثلاثة من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار اربعة وعشرون ، فان اقر الزوج به فهو يدعى تمام النصف اربعة والاخ يدعى اربعة عشر تكن ثمانية عشر والسهم المقر بها تسعة فاذا قسمتها على الثمانية عشر فللزوج منها سهران وللأخ سبعة فان اقرت الاختات به وانكر الزوج دفع الى كل اخت سبعة والى الاخ اربعة عشر يبقى اربعة بقران بها للزوج وهو ينكرها ، ففي ذلك ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له (والثاني) بصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لانه لا يحتمل ان يكون له فيها شيء بحال (الثالث) يؤخذ الى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ، ومذهب أبي حنيفة في الصورة الاولى ان انكر الزوج اخذت المقررة سهميها من سبعة فقسمتها بين اخيها وبنتها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لها منها ستة لها سهران ولأخها اربعة وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهميها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة للزوج اربعة وللأخ سهران

وازدوا وطى، واحدة من الاثنين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوط، واحدة منه والموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلاً، فإن أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم وعند الشافعي لا حكم للوط في التعيين، وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج؟ فيه قولان، فلي قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل ونصف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين اثلاث والاثنين والميراث على ما تقدم

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق إحداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه ينهز وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة أرباع الباقي وما بقي بين الاربعة الاول أرباعاً وفي قول الشافعي رضي الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

والاخذ سهم واضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة والمقرة سهم في خمسة

(مسئلة) (فان كان معهم اختان من ام فمسئلة الانكار من تسعة ومسئلة الاقرار من اربعة وعشرين وهما يتفقان بالاثلاث اذا ضربت وفق احداها في الاخرى تكن اثنين وسبعين للزوج من مسئلة الانكار ثلاثة في وفق مسئلة الاقرار اربعة وعشرون وللأختين من الام سهمان في ثمانية ستة عشر وللمنكرة كذلك وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في وفق مسئلة الانكار ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر الاخ منها ستة ضعف سهمها يبقى سبعة اسهم لا يدهيها احد ففيها الاوجه الثلاثة التي ذكرناها)

(احدها) تقر في يد المقررة (والثاني) تؤخذ الى بيت المال (والثالث) يقسم بين الزوج والمقرة والأختين من الام على حسب ما يحتمل انه لهم لان هذا المال لا يخرج عنهم فان المقررة ان كانت صادقة فهو للزوج والأختين من الام وإن كذبت فهو لها وإن كان لهم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال كما قسمنا الميراث بين الحثي ومن معه على ذلك. فلي هذا يكون للمقرة النصف وللزوج والأختين النصف بينهم على خمسة لان هذا في حال للمقرة وفي حال لهما فقسم بينهم نصفين ثم جعل نصف الزوج والأختين بينهم ثلثي خمسة لان له النصف ولهما الثلث وذلك خمسة من ستة فتقسم السبعة الاسهم بينهم على عشرة للمقرة خمسة وللزوج ثلاثة وللأختين سهمان، فإذا أردت تصحيح المسئلة فاضرب المسئلة وهي اثنان وسبعون في عشرة، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في عشرة

﴿فصل في الطلاق﴾

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك أمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد ، وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانهضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً ، وإن كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن مات ، يروي هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبأقل عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي رضي الله عنه القديم

وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث بنتوته وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب

ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة وإن صدقها الزوج فهو يدعي اثني عشر تمام النصف والآخر يدعي ستة تكن ثمانية عشر والثلاثة عشر لا تنقسم عليها ولا توافقها فاضرب المسئلة في ثمانية عشر تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر أربعاً واثنتان وثلاثون وللأختين من الأم مائتان ثمانية وثمانون وللمنكر كذلك وللمقرة ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون وللأخ ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون وللزوج اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى مائتين وستة عشر لأن السهام كلها تنفق بالاسداس وعلى هذا تعمل ماورد عليك من هذه المسائل إذا فهمتها إن شاء الله تعالى

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت فصدقهما ثبت نسبه واخذ ميراثه وإن أقرت المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئاً وإن صدقها الآخر وحده فللمرأة الربع بكمالها إلا أن تجيز الوصية وللمن نصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي وإن صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الأوجه الثلاثة التي ذكرناها وإن أقر به العم وحده فصدقها الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيجوز أن يكون لها لأن الموصى له يعترف بطلان الوصية أو وقوفها على إجازة

(المفني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء السابع)

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبح السكلية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبنتها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن لان مت لا ورثتها منك قال قد علمت ذلك وماروي عن ابن الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقبض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث بما قرب بحرمانه، اذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تنزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها اذا طلقها المريضة أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تنزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة وذكر عن أبي بن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه خلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب تورثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فانه قال في رواية الاثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربما قبل انقضاء عدة مطاقه أنه لو طلق أربما نسوة في مرضه ثم تزوج أربما ثم مات من مرضه ذلك ان النان يرثه

المراة ولم تجزها ويحتمل الاوجه الثلاثة وإن لم يصدق أخذ الثلث بالوصية وأخذت المراة السدس بالميراث ويبقى النصف في الاوجه الثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ميراث القاتل

(كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان القتل عمداً أو خطأ مباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيراً أو مجنوناً)

لا يرث قاتل العمد وقد أجمع عليه أهل العلم إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنها ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناولها بمومها فيجب العمل بها ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لاختيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعاً وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل شيء» رواه مالك في موطنه والامام أحمد بسنده وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان بأسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه وروي ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فانه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الامام أحمد بأسناده ولان تورث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروته ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فانزل الله تعالى فيه قصة البقرة ويقال ما ورث قاتل بعد عاميل وهو اسم القتيل فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أن القاتل لا يرث أيضاً نص

كل من يكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزوجة آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجوز ذلك كما لو تزوجت وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا للرواية الأولى ولأنها شخص يرث بماتت الزوجة فورث معها كسائر الورثين .

ولأن هذه واردة من زوج فلا ترث زوجا سواء كسائر الزوجات ولأن التوراث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروى عن النخعي والشافعي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنع كما لو لم يصح .

عليه أحمد يروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشافعي وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروى نحوه عن علي لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الأحاديث المذكورة ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين ، والعمومات مخصصة بما ذكرناه فعلى هذا القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق كالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة .

(مسئلة) (فأما ما لا يضمن بشيء من هذا القتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يضمن وعنه لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث) وجملة ذلك أن القتل المانع من الارث ما كان مضموناً على ما ذكرنا فأما ما ليس بمضمون فلا يضمن الميراث كالقتل قصاصاً وحداً ودفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعليه من سقي دواء أو بيط خراج فوات أو من أمره إنسان قاتل كبير يبط خراجه أو قطع سلعة منه فوات بذلك ورثته في ظاهر المذهب قال أحمد إذا قتل الباغي العادل في الحرب يرثه وعن أحمد أن العادل

وانا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلة في الصحة ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات (أحدها) لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لأن الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكيل الصداق وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا يجب بفراره (الثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لأن من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لأن الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته والرابعة لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم. قال أحمد، قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة

إذا قتله الباغي في الحرب لا يرثه ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجعت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فانه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر الحديث ولأنه قاتل فأشبهه الصبي والمجنون وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لا يأنم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت يدها أو فيها فانه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا أنم فيه أشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن في ماعداه تبقى على مقتضاها ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فافضى الى تلفه ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي الى اتحاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسئلتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي الى ايجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم وتقويت نفس معصومة والتوريت يفضي اليه بخلاف مسئلتنا اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد لأنه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد علي موروثه مع جماعة ظلموا فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لأنه غير مضمون

عليها . قال الحسن ترث قال احمد اذهب الى قول حابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم . وأما الميراث فانها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم . ولو خلا بها وقال لما أطاها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة لوقاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة في صحته وأبناها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم مالو ابتداء طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها فان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم بينها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينوتها

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصيبين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه . بعض دم نفسه وله القصاص على الثالث ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتص منه ورثه وورث أخوته الثلاثة ولو أن اثنين قتل أحدهما أحداً أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباً الآخر سقط القصاص عن الأول ووجب على القاتل الثاني لان الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وامه فلما قتل الثاني امه ورثها قاتل الأب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب وان جرح أحدهما أباه والآخر امه ومات في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه ولذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه الا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء الا بابطال حق الآخر فيسقطان وان عفي أحدهما عن الآخر فللاخر قتل المافي ويرثه في الظاهر . إن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقط فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما متعدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله وان أشكل كيفية موت الأبوين وادعى كل واحد منهما أن قتله أو لهما موتاً خرج في توريثهما ما ذكرنا في الغرق من تورث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنهم لا ترثه ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه ما لو لم ترتد، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثته الآخر لأن النكاح باق فان انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا ان الفرقة تعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البيئونة فأشبهه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) إذا طلق المـالم المريض زوجته الامة و الذمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعقبت الامة

فالجواب فيها كإني قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة والله أعلم ويكون لكل واحد منهما دية الآخر وماله

باب ميراث المعتق بمضه

لا يرث العبد ولا يرث سواء كان قنأ أو مديراً أو سكتاباً أو أم ولد. قال شيخنا لا أعلم خلافاً في أن العبد لا يرث إلا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ويعتق ويرث وقاله الحسن وحكي عن طارس أن العبد يرث ويكون ما يرثه نسيده ككسبه وكما لو رضى له ولأنه تصح الوصية له فيرث كالحل ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كارتد ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض باختلاف الدين، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهله بالمرت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم وأجهوا على أن المملوك لا يرث لأنه لا مال له فإنه لا يملك، ومن قال أنه يملك بالتملك فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبة دليل قوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فماله لبائمه إلا أن يشترطه المبتاع» ولأن السيد أحق بمضقه واكتسابه في حياته فكذلك بمدهماته ومن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يهب على يزيد والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، والاسير الذي عند الكفار يرث إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب فإنه قال لا يرث لأنه عبد ولا يصح لأن الكفار لا يملكون الأحرار ما قهر وهو باق على حرته فيرث كالمطلق

ثم مات في عدتهما لم ترثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لها في المرض اذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان فعتقت الامة وأسلمت الذمية ومات ورثناه لانه فار فان قال لها أنتما طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم ترثاه لانه غير فار ، وإن قال سيد الامة أنت حرة غداً ، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ولم أعلم لهم مخالفاً

(فصل) واذا قال لامرأته في صحته اذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل إقراره . ولنا أنه إقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كمن لو أقر بما لها

(فصل) وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال ارضي في روايتان (أحدهما) لا ترثه لانه ليس بنار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالها أو علق الطلاق على مشيتها فشأت أو على فعل من جهتها لها . منه بد فعملته أو خبرها فاخترت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار . منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم

(فصل) والمدير وأم الولد كائناً لانه رقيق بدليل أن النبي ﷺ باع مديراً ، وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وإجارتها ونكحها حكم الامة في جميع أحكامها إلا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن فاما المكاتب فإن لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لا يرث ولا يرث ، وإن ملك قدر ما يؤدي فقيه روايتان (أحدهما) أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يرث روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور وعن ابن المسيب وشريح والزهرى نحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « أبما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أو أوقفه عبد وأبما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنائير فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعبد الله مولى عفرة وعبد الله بن عبيدة أن النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته » وقال القاضي وأبو الخطاب اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إتيؤه المكاتب فلا يجوز ابتاؤه على الرق لهجزه مما يجب ورده اليه (والرواية الثانية) أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً يرث ويرث فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن مات فليسيده بنية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتعجب منه » وروي الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركه ما بقي من كتابته فان فضل شيء كان لورثة المكاتب وروي نحوه عن الزهرى وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي

بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ، ولو سألتها طاعة فطلاقها ثلاثاً ورثته لأنه أباؤها بما لم تطلبه منه ، وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كعقوبة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعلته فحكمه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً ، وكذلك إن علقه على كلامها لا بوجهها أو لاحدهما ، وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعالها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته (فصل) فان علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدم زيد ومجبي غدا وصلاتها

الفرض بانتهى ولم ترث لان اليمين كانت في الصحة

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبهه مالو كان التعليق في المرض . ولو قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وإن مات لم يرثها . وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتبه ليقه على مجبي زيد أيضاً ، وكذلك إن قال إن لم أوفك مهر ك فانت طالق ، وإن ادعى الزوج انه وقاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لان لاصل بناء الكاح ولم تصدق في براءته منه لان الاصل بقاؤه في ذمته ، ولو قال لها في

والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة الا أن مالدا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه فانه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لآخيه دون ابنه وجعله أبو حنيفة عبداً مادام حيا وإن مات أدي من تركته باقي كتابته والباقي لورثته ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال على المذبر انكم مكاتبين مكاتبين فأبهم أدي النصف فلا رق عليه وعن علي إذا أدي النصف فهو حر وعن عروة نحوه وعن الحسن إذا أدي الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود ومريح مثله وعن ابن مسعود إذا أدي ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي قال : تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم يعني يعتق منه بقدر ما أدي وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدي ، وروي حماد بن سلمة عن أبيه عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه ، وفي رواية يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد . قال مجبي بن أبي كثير وكان علي رضي الله عنه ومروان بن الحكم يقولان ذلك وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مراسلاً والحديث الذي روياه انقلنا أصح ولا نعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولى إن شاء الله

(مسألة) (فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فهو لورثته ويرث ويحجب بتدريافيه من الحرية) وجملة ذلك أن المعتق بعضه إذا اكتسب مالا ثم مات وخلفه فإن كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هاباً سيده على منفعة فاكتسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه

الصحة أنت طالق ان لم أنزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لا عنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولا عنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والشافعي ، وذكر القاضي رواية أخرى انها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالابلاء لم ترثه (فصل) وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فان طأعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما يفسخ به نكاحها فأشبهه مالو خالته وسواها كان لليت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فاذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجرب بابن لليت أو بأبوين أو ابنين أو كان لليت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانها التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لانها التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لو رثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان المريض امرأتان فاستكره ابنة احدهما لم ترثه لانها التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدما لورثت الثالثة لانه متهم في حقها ، ولو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثتها جميعاً ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما الحر أو كان قد قام سيدة في حياته فتركتها كلها لورثته لاحق لما لك باقيه فيها ، وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيدة قال ابن المبارك هذا غلط لان الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصف الحر كما لو كان بين الشريكين فاقتهما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر ، والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه فأما ان لم يكن كسبه بجزءه الحر خاصة ولا انهما كسبه فمالك باقيه من تركته بتدر ملكه فيه والباقي لورثته فان مات له من يرثه فله يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية هذا قول علي وابن مود رضي الله عنهما وبه قال عثمان التيمي وحزبة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث واحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي في القديم وجعل ماله لملك باقيه قال ابن المبارك هذا غلط لانه ليس لملك باقيه على ما عتق منه ملك ولا ولا ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزءه الحر ، وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزءه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً وبه قال طائفة وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم ومهاد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والشافعي وبجبي بن آدم ودارد وقال أبو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعاية وله نصف ولاية وإن كان غرم الشريك فولأؤه كله للذي أعنتق بهضه

الشافعي رضي الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام، وكذلك الحكم فيما إذا وطئ المريض من ينفخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو بنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طأعته الموطوءة أو أكرهها فإن مطاوعتها ليس المرأة فيه فعل فيستقط به ميراثها، فإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ ابنه امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك، فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً. وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به، وكذلك الحكم فيما إذا وطئ بنت امرأته أو أمها. وللشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان (أحدهما) لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم (والثاني) أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها، وفي القبلية والمباشرة دون الفرج روايتان (إحدهما) تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة محرم في غير النكاح والمالك فأشبهه الوطء. (والثانية) لا ينشره لأنه ليس بسبب للبضعية فلا ينشر الحرمة كأنظر والخلو. وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلو لشهوة وجهها أنه ينشر الحرمة

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد ثنا الرمي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العتيق يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لأن العمل على غيره واضح وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه وإن كان عصبه نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها فإذا خلف أمّاً وبنتاً نصفها حر وأباً حرّاً فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع واللام مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها بحريتها عن السدس فنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فإما بنصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للاب وإن شئت نزلتهم أحوالاً كتزويل الحناني فتقول إن كانتا حرتين فالمسئلة من ستة للبنت ثلاثة واللام السدس سهم والباقي للأب، وإن كانا رقيقين فاللأب، وإن كانت البنت وحدها حرة فلها النصف والمسئلة من اثنين وإن كانت الأم وحدها حرة فلها الثلث وهي من ثلاثة وكلها تدخل في الستة فتضربها في الأربعة أحوال تكن أربعة وعشرين للبنت ستة وهي الربع لأن لها النصف في حالين واللام الثمن وهو ثلاثة لأن لها السدس في حال والثالث في حال والباقي للأب ويرجع بالاختصار إلى ثمانية.

(مسئلة) (وإن كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تكمل الحرية فيهما؟)

يحمل وجهين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل

إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر فقيه وجهان

(أحدهما) تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كمل منهما

(فصل) وان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فزنت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبهه الرجل، وإن اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عتيقاً فأجل سنة ولم يصبرها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقة وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين، ذكره ابن الأبن في كتابه، وذكر القاضي في المعلقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها، وذلك لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا لفرار من الميراث، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان

(أحدهما) يفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه (والثاني) لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه ولو أن رجلاً زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف ندله لأن النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وروي عن أحمد ما يدل على صحته

واحد ورثاً جميعاً ميراث ابن حر لأن نصفي شيء، شيء كامل، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثاً أحدهما وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما وإن زاد على حر واحد وكان الحران فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الحبري قال لا كثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه

(والوجه الثاني) لا تكمل الحرية فيهما لأنها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقيـل فيهما وجهان والصحيح أن الحرية لا تكمل ههنا لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم لبعض على مثال تنزيل الخنثى وهو قول أبي يوسف وقد ذكرناه.

﴿مسائل ذلك﴾ (ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلها المال في أحد الوجهين وفي الآخر لها نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم يكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال لأنها لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حرّاً كان له المال ولا شيء للأصغر، ولو كان الأصغر وحده حرّاً فكذلك، فلكل واحد منهما في الأحوال الأربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية، وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين

ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المنة نكاحها والله أعلم

(فصل) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثناه جميعاً هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله لثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه فليس المطلقة الأربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الأخرى أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثاً في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فأنكاح

صاحبي النصفين نصفين وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدين المال وثمنه، ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه من ذلك وهو سدس وثمان ويعطى من ثلثيه، وهو تسع المال ونصف سدسه ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع والآخر الربع ولو زلنهما بالاحوال أفضى إلى هذا لأن للحر المال في حال والنصف في حال فلهما نصفهما وهو ثلاثة أرباع والآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ولو خاطبتهما لقات للحر : لك المال، لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبت بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع، ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الأول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني اثنتان بينهما والآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثاً فانا بالخطاب نقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان لك المال، ولو كنتها حرين كان لك النصف فقد حجبت بحريته عن النصف فبثنتها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بثنائي حرية خمسة أنساع، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثنائي حرية عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فله بثلث حريته ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان لعصبته إن كان أو ذي رحم وإلا لبيت المال ابن حر وبنت نصفها حر لابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفضى قوله إلى أن له

باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الا واثل وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي رضي الله عنه النكاح صحيح والميراث الجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة وبجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة منهن خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان (إحدهما) لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق (والثانية) ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وقال الشافعي رضي الله عنه الميراث للمنكوحات كهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وإن يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو أختان وترث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس (والثاني) يكون المطلقة والمنكوحات الا واثل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن

أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت البنت حر والابن نصفه حر وعصبة فللبن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيهما جمل المال بينهما نصفين، ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتزويل والاحوال قال لابن المال في حال وثلاثه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة، وإن شئت قلت إن قدرناهما حرين فهي من ثلاثة وإن قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فللأب له وإن قدرناهما رقيقين فالأب للعصبة فغضب الاثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللأب المال في حال ستة وثلاثه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جمعت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلاث فيجعل لها ربع ذلك وهو الثلث وإن كان معها امرأة وأم حرتان كملت الحرية فيهما فحجبا الأم إلى السدس والمرأة إلى الثمن لأن كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فإذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورث بالاحوال والتزويل قال للأم السدس في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلاث ثمن وللرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللأب الباقي في حال وثلاثه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه وإن لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان سدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين

بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الزوجين بعيدا أحدهما فإرداه نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بلزومية وعلى هذا لو طلق أربعة في مرضه وانقضت عدته ونكح أربعة سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان (أحدهما) أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك الميراث المطلقات ولا شيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده وإن صح من مرضه فتزوج أربعة في صحته ثم مات فالميراث لمن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه وكذلك أن تزوج المطلقات لم يرثن شيئا إلا في قوله وقول من وافقه ولو طلق أربعة بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه وقال قد أخبرني بأنقضاء عدتهن فكذبته فله أن ينكح أربعة سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله علي بن حريمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي إذا كان بعد أربعة أشهر ، وقال زفر لا يجوز له التزوج أيضا ولأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لمن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا أن تزوج أربعة في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وإن أقرن بأنقضاء عدتهن وقلنا لا ميراث لمن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا ، وإن مات

وثمانية وثمانين سهماً للام منها ستون للمرأة خمسة وأربعون وللأبن خمسة وثلاثون وللبنات ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيكون لها ثلاثة أرباع الباقي وقال ابن اللبان لها سبعة عشر من ثمانية وأربعين لأنهما لو كانا حريين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهما نصف ذلك وهذا غلط لأنه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعها ولو ضاع ذلك لكان لهما حال انفرادهما النصف بينهما من غير زيادة ، ابن وأبو أن نصف كل واحد منهما حر إن قدرناهم أحراراً فللأبن الثلثان وإن قدرناهم حرّاً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحداً لا بون حرّاً فله خمسة أسداس فيجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلاث فله ثمنها وهو ربع وسدس وللاب المال في حال وثلاثاء في حال وسدس في حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة وإن عملتها بالبسط قلت أن قدرناهم أحراراً فهي من ستة وإن قدرنا الابن وحده حرّاً فهي من سهم وكذلك الابن وإن قدرنا الام وحدها حرة وقدرناهما مع حرية الابن فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الاب او مع الام فهي من ستة وإن قدرناهم رقيقاً فالmaal للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الأحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين للأبن المال في حال ستة وثلاثاء في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهماً من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلاثاء في حال أربعة وسدس في حالين

منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وان مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وان مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثاً أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحاً ، وان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الاولى من المنكوحات ، وان مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وان مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأولوثي . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدق المطلقات . وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فلي قوله اذا طلق أربما ونكح أربما في عدة وعقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله التديم يخرج فيه وجهان :

(أحدهما) أن الميراث بين الثمان (والثاني) أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات فان مات بعض المطلقات أو انتضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات ، وان ماتت واحدة فلزوجات ربيع ميراث النساء ، وان ماتت اثنتان فلزوجات نصف الميراث ، فان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث اذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها الاولى من المنكوحات وميراث الثانية والثالثة للثلاثة

وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وان كان ثلث كل واحد منها حراً زدت على الست نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللأب اثنا عشر وهي السدس وللام ستة وهي نصف السدس ولم تغير سهامهم وإنما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما اذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللأب الربع وللأب النصف ابن نصفه حر وام حرة للام الربع وللأب النصف وقيل له ثلاثة أمان وهو نصف ما يبقى فان كان بدل الام اختاً حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع فان كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منها نصف السدس وان كان معه عصة حر فله الباقي كله

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما نصفين في قول الجميع الا الثوري قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع وان كان معها ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل الأعلى النصف ولثاني النصف لانه فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء لثاني واثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم أخ

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه احدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع الى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كهن الى أن تمين ، وإن كان الطلاق باثنا منع منهن الى أن يمين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وان قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وان عاد نقال أخطأت انما أردت هذه طلقت الاخرى وان متن او احدها قبل أن يبين رجع الى قوله فمن أقر بطلاقها حرمت ميراثها وأحلفناه لورثة من لم بعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وان لم نعي بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك ان طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور . وروي عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأل قال ان لي ثلاث نسوة واني طلقت احدها فثبتت طلاقها فقال ابن عباس رضي الله عنه إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيها فقد اشتركت في الطلاق ، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتهن شئت

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فإزوطى . احدها كان تعيينا لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال الشافعي لا يكون تعيينا فان مات قبل أن يبين فالمرث يمين كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقهن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع الى

حر أو غيره من المصبات فله الباقي وان كان نصفه حرأ فله نصف ما بقي الا على الوجهين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر واخ ثلاثة أرباعه حر لابن النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللأخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر لابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للأخ ثلاثة أخوة مفترقين نصف كل واحد حر للأخ من الام نصف السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية واربعين للأخ من الام اربعة وللأخ من الابوين اثنان وعشرون وللأخ من الاب احد عشر وعلى القول الآخر للأخ من الام نصف سدس وللأخ من الابوين النصف وللأخ من الاب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلهما النصف ولا شيء للأخ من الام وللأخ من الابوين الربع وللأخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للأخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حرأ فلهما الربع وللأخ من الام ربع السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الاب الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلهما النصف بالفرض والرد والباقي لذي الرحم فان لم يكن فليت المال فان كان معها ام حرة فلهما الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلهما الثمن ونصف الثمن وان كان معها اخ ن ام فله نصف السدس فان كان معها بنت ابن فلهما الثلث لأنها لو كانت كلها رقيقة لكان لبنت

كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة لكل واحدة مهر كامل والميراث بينهما ، وإن متن قبله طانت الآخرة في قول أهل العراق ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه

وأنا قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فإنه قال إذا ثبت أنا عن علي قول لم نعد إلى غيره ، وقال ماعلي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المنعجر ولأنه إزالة ملك عن الأدي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولأن الحقوق تساوت على وجه تميز تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى أحدهن مالا يستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقينا والوقف إلى غير غاية تضيق لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ، ولو كان له امرأتان فطلق أحدهما ثم ماتت أحدهما ثم أتت أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرهما إن كانت الميتة ولم تره إن كانت الأخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الأول ولا يرثه الأخرى ولا في قولنا (أحدهما) يرجع إلى تعيين الوارث ، فإن قال طلق الميتة لم يرهما وورثته الحية وإن قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية (والنول الثاني) يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية . وإن كان له امرأتان قد دخل بأحدهما دون الأخرى وطلق أحدهما لا بعينها فمن خرجت لها القرعة نلها حكم الطلاق وللأخرى حكم لزوجة وإن كان أهل العراق للمدخل بها ثلاثاً أرباع الميراث أزمات في عدتها وللأخرى ربعه لأن للمدخل بها نصفه يقيم والنصف الآخر يتداعيان فيكون بينهما ، وفي قول الشافعي النصف للمدخل بها والثاني موقوف وإن كانتا مدخولا بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم ماتت في عدتها لم يقبل قوله لأن الإفراق بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث والاثنين نصفه وفي قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق أحدهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات لم يبين فلا خامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع ، وقال أهل العراق لهن ثلاثاً أرباع الميراث بينهما الأبن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتهما حرمتها عن اثالث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية فإن كان ثلثه حراً فله ثلثه فإن كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لأن لهما بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كمال الاثنين وفي الخطاب والتزويل للحررة ربع وسدس والأخرى سدس لأن نصف أحدهما يحجب الأخرى الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحررة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفها رقيقاً ومعهما عسبة فلها ربع المال وسدسه بينهما

وان كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهر ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بن الأربعة ، فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تعط شيئا ، وان طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث ، وان طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه وان طلبه الأربعة دفع اليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احدا كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقيه بين الأربعة كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق نقصها وثلاثا معها نصف مهر ويبقى للأربعة ثلاثة وثمانين في قول أهل العراق ، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كاللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر والأربعة ما بقي وثلاثة مهر وثمان ويكون الربع مقبولا على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك احدا كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فلا سادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءا من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى للأربعة مهران وسبعة وعشرون جزءا من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربعة ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بن الخمس ونصف بن الأربعة ويدفع الى كل واحدة نصف^(١)

(١) في نسخة نصيب

﴿ باب الاشتراك في الطهر ﴾

إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من شبه فانت بولديهما أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكتان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم يبيعهما قبل أن يستبرئها فيطوئها المشتري قبل استبرائها أو يطوئها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطوئها ، أو يطأ انسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة بهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والارزاعي والشافعي وأبي ثور فان ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق الآخر وسواء ادعيها أو لم يدعيها أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر ، وان ألحقته القافة بهما لحقها وكان بينهما وهذا قول الارزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وقال مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطئ بشبهة وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته القافة بأكثر من واحد كن بمنزلة أن لا يوجد قافة ومتى

لانها لو كانتا حرتين لكان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس . وطريقها بالبسط ان تقول لو كانتا حرتين فامسألة من ثلاثة ولو كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك اذا كانت الصغرى وحدها حرة وان كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في الاحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه في حال سهمان صار لها خمسة من أربعة وعشرين والآخرى مثل ذلك وللعصبة

لم يوجد قارة أو أشكل عليها أو اختلف القائلان في نسبها فقال أبو بكر بضيم نسبه ولا حكم لا اختياره ويبقى على الجهالة أبد آره و قول مالك و قال ابن حامد يترك حتى يباع ينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد و قال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقة عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أفق، وإذا ادعى اللقيط ثنان أري القافة معهما، وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولد القافة مع المدعين، ولو مات الرجلان أري القافة مع مصبتهم، وإن ادعاه أكثر من اثنين فالحقمة القافة بهم لحق وقد نص أحد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي يوسف و قال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين. وروى أيضا عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ربحي بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنة فإن ادعياه معا فهو ابنتهما، وكذلك إن كثروا يطون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعا

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قفي في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولها عليها في مواضعها والغرض هنا ذكر مبراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسئلة) إذا ألحق باثنين مات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أولاً أحدهما ابنان فلأمه السدس، فإن مات أحد الابنين وله ابن آخر فله بينهما نصفين، فإن مات الفلام بعد ذلك فلأمه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لآخرته لأنهما محجوبان بالاب الباقي، فإن كان الفلام ترك ابناً للباقي من الابوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعا السدس والباقي لابنه، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم ماتت أمهم وله جدة أم أم وابن فلأم أمه نصف السدس ولأبي المدعين نصفه كأنهما جدة واحدة ولأجددين السدس والباقي لابن فان أم يكن ابن فلأجددين الثلث لأنهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله لأجددين لأن الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان اخوين والمدعى جارية فماتا وخلقا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للاب فان مات الاب بعد ذلك فلها النصف لأمها بنت ابن.

المال في حال والنصف في حالين واثلاث في حال وذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين سهما ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة فإذا لم تكن عصبة نزلت لهما على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما ينشأه ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للأولى الربع وللثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس في قول البصريين لأنك تقول للسفلي لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانتا أحدهما حرة كان لك

وحكي الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابناً فمات أبواه ولا أحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدسهما وإن كان المدعيان رجلاً وعمه والمدعي جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر فلها النصف والباقي لابي العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعي رجلاً وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الاب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الاب وابنه قدم الاب ولم يكن الابن شي ، وإن مات الاب أولاً فابن ابنه وبينهما على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الأصغر لكونها بنته وباقيها لأختها ، وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعي وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطاحوا . فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابناً أو الفاتم مات الثاني وترك ابناً والفين ثم مات الثالث وترك ابناً وعشرين ألفاً وترك أربعة آلاف وأما عردة وقد ألحقته الفاتمة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفاً وخمسمائة فللماء سدسها والباقي بين أخوة الثلاثة أثلاثاً ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الامام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب ألف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب ألف وابن صاحب ألفين ما وقف من مال أبويهما لأنه لم يكن أحدهما فذلك لهما من أبويهما ، وإن كان أخاً أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بآثره منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلثا ألف موقوفة بينه وبين الام لأنه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفاً وله ثلثها ويبقى من مال الابن الفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب ألف كلها ويدعي منها ابن صاحب ألفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفاً بينهما وبين الام وسدس الألف بين الام وابن صاحب ألف ، فإن ادعى اخوان ابنا ولها أب فمات أحدهما وخلف بنتاً ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعي وقف من مال الاول خمسة أسباع منها تسعان بين الغلام والبنت وثلثة أسباع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني

السدس فنصفهما ثلث فتعجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ، وفي التزويل لثلاثة نصف الثمن وثلثه وذلك لا تتأولز لنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن اماء كان المال للعصبة ولو كن أحراراً كان للاولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ، ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين العليا النصف في أربعة

خمس أسداس بينه وبين الاب، فإن مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ماورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لانه ابن ابنة يقيين ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتعطيه أقلهما، فللغلام في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلاث الموقوف من الثاني فله أهلها ما ورثت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، وبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الاول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطالحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى، ومتى اختلف أجناس التركة ولم يصبر بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدرامم ان تراضوا على ذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصبر الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصالح، ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك لنا وبنتا وعمام مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركة أبيها ثلثها وللغلام ثلثاها وترك الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فللمه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم وان لم يثبت نسبه فللبنة الاول ثلث آلاف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني فإذا مات الغلام فللمه من تركته ألف وتسع الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لها اما عن صاحبها او الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني الى ابن ابنة لانه له اما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام ألفا وتسع الف لانه أقل مالها ويبقى ألف وسبعة أنساع ألف تدعي الام منها أربعة أنساع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن ألفا وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطالحوا، ولو كان المولود في بدي امرأتين فادعياهما معاري القافة معهما

أحوال اثنا عشر وهي الربع وللثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهي خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون منهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان وللثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر. ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم لتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الام نصف السدس وللأم الثلث لأنها لا تنجب الا باثنين من الإخوة والأخوات ولم تكمل الحرية اثنتين وللعلم ما بقي، وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللأم الثلث لما ذكرناه وقال الخبري للام

فإن ألحقته بإحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وإن ألحقته بهما أو نفقته عنهما لم يباحق
 بواحدة منهما، وإن قامت لكل واحدة منهما يدعة تعارضتا ولم تسمع بينهما وبهذا قال أبو يوسف
 والأوزاعي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يباحق برجلين
 أرلنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علت ون ضرورة ردها لمدام العلم بينهما
 ولأن هذا محال فلم يثبت بيئته ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه
 رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يباحقهما، وإن صدقت أحدهما لحقه
 كما لو كان بالغا فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبيا مع امرأة يقال زوجها هو ابني من غيرك
 فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الله تعالى (فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء، وقال النبي ﷺ
 «الولاء لمن أعتق» وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله
 ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته. متفق عليهما، وقال النبي ﷺ «لئن الله من تولى غير مواليه»
 قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال «مولى القوم منهم» حديث صحيح. وروى الحلال

الربع وحجبها بالحر كما يحجب بنصف البنت، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق
 في الولد والجزء منه وفي الإخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم يحجب بالواحد عن شيء أصلا
 وهذا قول ابن اللبان وحكى القول الأول عن الشعبي وقال هذا غلط، وفي الباب اختلاف كثير وفروع
 قلما تتفق وقل مسألة تجيء إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرنا

(باب الولاء)

الأصل فيه قوله تعالى (فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانهم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء وقول
 النبي ﷺ «أما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن بيع الولاء وهبته وقال عليه السلام «لئن الله من تولى غير مواليه» قال الترمذي هذا حديث
 حسن صحيح وقال صلى الله عليه وسلم «مولى القوم منهم» حديث صحيح، وروى الحلال بأسناده
 عن ابن أبي أوفى قال قال لي النبي صلى الله عليه وسلم «الولاء لكمة كالحمة النسب لا يباع ولا يوهب
 (مسألة) (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استبداد أو وصية

باسناده عن اسماعيل بن خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ « الولاء لمة كالحمية والنسب لا يباع ولا يوهب »

﴿ مسألة ﴾ قال (والولاء لمن اعتق وإن اختلف دينها)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء ، والاصل في هذا قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وأجمعوا أيضا على أن السيد يرث عتيقه اذا مات جميع ماله اذا اتفق دينهما ولم يخاف وارثا سواء وذلك لقول النبي ﷺ « الولاء لمة كالحمية والنسب » والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال : كانت لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاه فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاه بنت حمزة النصف . قال وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال : قال رسول الله ﷺ « الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى » وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال للنبي ﷺ ماترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثا فهو لك »

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة

بعقته فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمه وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدا ما تناسلوا)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من زكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » متفق عليه

(فصل) وان أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء وهذا قول عامة أهل العلم الا أهل العراق قالوا : العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها إليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام واذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلماً قالوا بالولاء بحاله وان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً فان اعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه ، وهل يثبت لمعتق السيد ولواء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه انعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك فان أسره مولاه وأجنبي فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين فاذا مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل

والتابعين ومن بهدم فاذا مات رجل وخاف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذارحم ومولاه فالمل لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الارحام على المولى واعلمهم محتجون بقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وإنما حدث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولأنه عصبة بعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

(فصل) وإن كان المعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى لانعلم في هذا خلافا لما تقدم من الحديث وقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما أبت الفروض فلا ولي رجل ذكر » وفي لفظ « فلا ولي عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمشي به أقوى من المشبه ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه قالوا لا ، ثبت لانعلم فيه خلافا لعموم قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعنتق » ولقوله « الولاء لحمة كاحمة النسب ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء » ولان الولاء إنما يثبت له عليه لانما به باعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ، ويثبت الولاء للذكر على الانثى على الذكر والكل معتق لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ فيه روايتان

ولاء الاول وصار الولاء لثاني وهو قول مالك والشافعي وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر وقيل الولاء الاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الحربى الاول قالوا الولاء التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه وان أعنتق ذمي عبداً كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعنتقه الحربى سواء . وان أعنتق مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب ثم سبأ المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولواء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولان له أمانا بعنتق المسلم إياه .

قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابى فجاز استرقاقه كمعتق الحربى وكغير المعتق ، وقولهم في استرقاقه ابطال ولواء المسلم قلنا لا نسلم بل متى اعتق عاد الولاء الاول وإنما امتنع عمله في حال رقه لما منع وان سلمنا أن فيه ابطال ولائه ولكن ذلك غير ممتنع كما لو قتل بكفره فانه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق ولان القرابة يبطل عمهما بالاسترقاق فكذلك وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يحز قتله ولا سبيته ، فعلى هذا ان استرقاقه احتمال أن يكون الولاء لثاني لان الحكيم اذا تناهى كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ واحتمل أن

(احدهما) يرثه روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر واحتج أحد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له تملكه ، وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولا نه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كيراث النسب . ولان اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق ، بحقه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الأقوى فالأضعف أولى ، ولان النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء طمة كاحمة النسب » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته فاذا اجتمعا على الاسلام توارثا كالتناسيب وهذا أصح في الاثر وانظر ان شاء الله تعالى فان كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته مع حياته

وانما أنه بمنزلة مالو كان الاقرب من العصبة مخالفاً لدين الميت والابد على دينه ورث دون القريب (فصل) وإن أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء . وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فانهم قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولداً لم تصر أم ولد مسلماً كان السيد أودمياً أو حربياً

يكون للاول لان ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثاني وان أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز اسرقاقه وان اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

﴿مسئلة﴾ (أو عتق عليه برحم)

يعني اذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاؤه لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو ارث أو غنيمه أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً (أو كتابة أو تدبير) يعني إذا كاتبه فأدى الى مكانه وعتق أو عتق بالتدبير فولاؤه لسيدته في قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق .

وحكى ابن سراقه عن عمرو بن دينار وأبي نور أنه لا ولاء على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه ، وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فلم يكاتب أن يوالي من يشاء وقال مكحول أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فحائز

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لانه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيدته فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر أيضاً بلا اشكال وقد قال النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكانبيهم فيقال أبو سعيد مولى أبي أسيد وسيرين مولى أنس

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فذهبوا اليهم فصح
عتقهم كأهل الاسلام وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» فان
جاءنا المعتق مسلماً قالوا بجماله ، فان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أعتق فعليه الولاء
لمعتقه وله الولاء على معتقه . وهل يثبت لمعتق السيد ولأهله على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لأنه مولى
مولاه . ويحتمل أن لا يثبت لأنه ما حصل منه إتمام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه
مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وان
أسره مولاه وأجنبي فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله
لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخرة شيء ، له لأنه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق
فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولأهله الاول وصار الولاء لثاني وبهذا قال مالك والشافعي . وقيل الولاء بينهما
واختاره ابن المنذر لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء الاول لأنه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الاول الحربي قالوا ، التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم
يعد باعناقه ، وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا
أعتقه الحربي سواء ، وان أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر
والقاضي انه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه إبطال ولأهله المسلم المعصوم . قال

وسليمان بن يسار مولى ميمونة وكانوا مكاتين ، وبذل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت الى عائشة
فقلت يا أم المؤمنين اني كاتب أهلي على تسع أواق فأعنيني فقالت عائشة ان شاء واعدت لهم عدة
واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فأبوا أن يبيعوها الا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشترها واشترطي
لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بجماله
فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لها فيكون الولاء له عليهما .

﴿مسئلة﴾ (أو استيلاء أو وصية بعته)

يعني إذا عتقت أم الولد بموت سيدها فولأؤها له يرثها أقرب عصبتها وهذا قول عمر وعثمان رضي
الله عنهما وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، ونحوه عن
ابن عباس وعن علي لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن
عباس نحوه ولذكر الدليل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى في بابها ، ولا خلاف بين القائلين
بعتقها أن ولأؤها لمن عتقت عليه . ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون
ولأؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ولاؤها المذكور من
عصبة السيد كالمدير والمكاتب .

ابن الأبن ولان له أمانا يعتق المسلم إياه . والصحيح ان شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كعتق الحربي وكفير المعتق . وقولهم في استرقاقه إبطال ولاء المسلم . قلنا لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء الاول وانما امتنع عمله في حال رقه لما نعلم وان سلمنا ان فيه إبطال ولائه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن الأبن له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يحز قتله ولا سببه . فعلى هذا ان استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء لثاني لان الحكمين اذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منها كالناسخ والمنسوخ . واحتمل انه الاول لان ولائه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك . ويحتمل انه بينهما وأيهما مات كان لثاني . وان أعتق مسلم مسلما أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبى لم يحز استرقاقه وان اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء . روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس ابن معاوية والزهرري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء . قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم قال قال عبد الله أما الولاء كالتسب فيبيع الرجل نفسه ؟ وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار ان ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له وكذلك إن أوصى به ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق عنه من ماله فان أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لما ذكرنا وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمته لانه ولي نعمتهم وعتقهم بسببه ولأنهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته فان كانت أمهم حرة الاصل فلا ولاء على ولدها لأنهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولواء وكذلك إن كان أبوهم حر الاصل إذا لم يمسسهم رق ، فان كان قد ثبت ملك فأعتقوا فولأؤهم لمعتقهم للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ويثبت الولاء للمعتق على معتقي معتقه ، ومعتقي أولاده ، ومعتقهم أبدا ما تناسلوا ، لانه ولي نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبه ماله بأشهرهم بالعتق .

﴿ مسألة ﴾ (ويرث به عند عدم العصبية من النسب ، ففي كان للمعتق عصبية أو ذوي فروض

تستحق فروضهم المال فلا شيء للمولى)

لا نعلم في هذا خلافاً فان لم يكن له عصبية ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى وإن كان ذو الفرض لا يرث جميع المال فالباقي للمولى لما روي الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

مكاتباً وروى أن ميمونة وهبت ولأه موالها للعباس وولاً لهم اليوم لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير . وقال ابن جريج قالت لطاء أذنت لولائي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء لحمة كالحمة النسب » وقال « لمن الله من تولى غير مواله » ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة . وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه

(فصل) ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وإنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق هذا قول الجمهور وروى نحوه ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشاذلي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ودارد وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لحمة كالحمة النسب » والنسب لا يورث وإنما يورث به ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الأسباب والله تعالى أعلم

« الميراث للعصبة فإن لم يكن عصبة فالملوك » ، وعنه أن رجلاً أعتق عبداً فقال للنبي صلى الله عليه وسلم ما ترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثاً فهو لك » ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

﴿ مسألة ﴾ (ثم يرث به عصباته الأقرب فالأقرب)

وجملة ذلك أن العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كان ماله لمولاه ، فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أخاً أو عمّاً أو أباً أو غيره من العصبات ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى فإن لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحبا ، وروي عن علي رضي الله عنه ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخها أن ميراث موالها لأخيها وابن أخيها دون ابنها ، وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة ، فروى عن إبراهيم أنه قال اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطيب فقال علي : أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم ، وقال الزبير : هم موالي أمي وأنا أرثهم ، فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن عبيدة الضبي عن إبراهيم وقال ثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس وقضى في أم هاني بنت أبي

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء فان أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله قلاً ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسامه عن أبي عمر والشيباني عن عبد الله بن مسعود السائبة يضم ماله حيث شاء. وقال أحمد قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما. ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولا لي عليك لم يكن له عليه ولا. فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثاً اشترى بماله رقاباً فاعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فاعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء. وأهل أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر والولاء للمعتق وهذا قول النخعي والشافعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجعله كلمة النسب فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولا عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريدة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ «اشترى بها واشترطى» لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق

طالب لابنها جعدة بن هيرة دون علي: وروى الامام باسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وترك ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال اخوها يا رسول الله لو جري برة كانت على ويكون ميراثه لهذا؟ قال «نعم» وروى باسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال المولى أخ في الدين ومولى نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق. اذا ثبت هذا فإن المعتق لو خلفت ابناً وأخاها أو ابن أخيهما ثم مات مولاها فميراثه لابنها، وان مات ابناً بعدها وقبل مولاهما وترك عصبة كاعمامه وبنى اعمامه ثم مات العبد وترك أخاً مولاته وعصبة ابناً فميراثه لأخي مولاته لأنه أقرب عصبة المعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها اخوها وعصبتها، فان انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق، وروى عن علي رواية أخرى انه لعصبة الابن وروى ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبني على أن الولاء يورث كما يورث المال وقد روى عن أحمد نحو هذا، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن حذيفة زوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولا موالها وكان عمرو بن العاص عصبة بنها فخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو وبن العاص ومات مولاها وترك

لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى عبد الله فقال اني اعنتك عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الإسلام لا يسيرون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيرون وأنت ولي نعمته فإن تأمت وتخرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقم اعتق سواثب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: إن ادفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله والا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه، وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالاً في ميراث السائبة هو الذي أعتقه وهذا القول أصح في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان تبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمرو بن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالماً مولى أبي حنيفة أعتقه ابني بنت يمار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاهما عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد أن خلف السائبة مالا اشترى به رقاباً فاعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضاً رقاباً فاعتقوا، وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقيه رقاباً فاعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وإن عتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحد في الذي يعتق من زكاته إن ورث منه شيئاً جعله في مثله قال وهذا قول الحسن وبه قال إسحاق، وعلى قياس ذلك العتق من

مالاً لخاصته أخوتها إلى عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما حرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان» قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه إلى الساعة رواه أبو داود وابن ماجه، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكره إن شاء الله تعالى، وإنما يورث به وهو باق للمعتق برثه به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصبته لم يرث شيئاً وعصبته الابن غير عصبته أمه فلا يرث الأجانب منها بولائهم دون عصباتهم، وحديث عمرو بن شعيب غلط قال أحمد الناس يغفلون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصبته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم إلا أن يكون الأب والجد مع البنين والجد مع الأخوة على ما ذكره، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتصيب كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب دون الفرض فإن كانا عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنوهم والأخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم اقتسموا الميراث بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال المتشادة

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فإذا مات رجل خلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه وإن خلف ذارحم

الكفارة والنذر لانه واجب عليه ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه الذي جرى عتقه على يديه، وقال مالك والنعبري ولاؤه لساير المسلمين ويجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فاعتقتها فكان ولاؤها لها وشرط العتق بوجوب ولائه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها واعتق وكما لو دفع إلى المكاتب مالا فأداء في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعمل بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتفع بركانه وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعي والشافعي

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان وأن علواً من قبل الأب والام جميعاً والولد وأن سفلاً من ولد البنين والبنات والأخوة والأخوات وأولادهم

ومولاه فالأصل لمولاه خاصة، وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولأنه عصبه يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كأبن العم

﴿ مسألة ﴾ (وعنه في المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاه لهم)

لأنه انتقل إليهم أشبه ما لو اشتروه وأن أدى إليهما فلاؤه بينهما لأنها اشتركا في أدائه إليهما فاشتركا في استحقاق ولائه كالشريكين والرواية الأخرى ولاؤه للمكاتب لأن عتقه بكتابته وهي من سيده

﴿ مسألة ﴾ (ومن كان أحد أبويه الحرين حر الأصل فلا ولاه عليه)

وجماعة أنه إذا كان أحد الزوجين حر الأصل فلا ولاه على ولدهما سواء كان الآخر عرباً أو مولى لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء فلا أن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاه بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلا أن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة إن كان الأب أعجمياً والأم مولاة ثبت الولاء على ولده وليس بصحيح لأنه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً

وأن سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والحالات دون أولادهم فتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمرو بن مسعود رضي الله عنهما به قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الموالدين والمولودين وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لا يجزي، ولد والده الا أن يجده» ولو كان يشتريه فيعتقه «رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ «من ملك ذا رحم محرر، فهو حر» رواه أبو داود وأبو حنيفة وقال حديث حسن ولا نه ذور رحم محرر فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك، فأما قوله حتى يشتريه فيعتقه فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه يقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفة عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه، ومضى عتق عليه فولأؤه له لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولأؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو ارث أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كلام والاخ من

وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حريباً مجهول النسب أو معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام ان كانت مولاة قال ابن اللبان هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الخبري هذا قول أبي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود، وانما امتنع في محل الوفاق لحرية الاب فاذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا ان الاب حر محكوم بحريته اشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب، وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما يثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط متنف حكماً وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكماً فان حرية الاب ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه، فاما ان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا، وقياس قول القاضي والشافعي ثبوت الولاء عليه لمولى ابيه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها ولان الام لا تخلو من ان تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها او امة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى ابيه، والاحتمال الاول راجح لوجهين احدهما انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها الثاني انه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم اولى ترجيح هذا الاحتمال لكان

الرضاعة والريية وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع
الاخ من الرضاعة ، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والاول أصح قال الزهري جرت السنة بأن يباع
الاخ والاخت من الرضاع ولأنه لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المنصوص عليه فييقون على الاصل ولأنهما
لأرحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبهه الريية وأم الزوجة

(فصل) وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة
فيه رهي الميراث والحجب والمهرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق
لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق
عليه مع اتنا. هذه الأحكام

﴿ مسألة ﴾ قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدها اذا أعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سريقة عن عمرو بن دينار
وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولا. كما لو اشترى أجنبي
فأعتقه كان قتادة يقول من لم بشرط ولاء المكاتب فله مكاتبه أن يوالي من شاء. وقال مكحول أما المكاتب
إذا اشترط ولاءه مع رقبته فحائز

الاحتمال الذي صاروا اليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجحه عليهما بحكم لا يجوز المصير
اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً

﴿ مسألة ﴾ (ومن اعتق سائبة في نذر أو زكاته أو كفارته ففيه روايتان (إحداهما) له عليه الولاية والثانية
لا ولاء له عليه وما رجع من ميراثه رد في مثله يشترى به رقاباً يعتقهم)

قال أحمد في رواية عبد الله الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله
لله لا يكون ولاؤه له قد جعله لله وسلمه وعن أبي عمرو والشيباني عن ابن مسعود والسائبة يوضع ماله حيث
شاء وقال أحمد قال عمر قال الصدقة والسائبة ليومها ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك
ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاؤه فان مات وخلف مالا ولم يدع ورثة اشترى بماله رقاباً فأعتقوا
في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فأعتقهم

والرواية الثانية الولاية للمعتق وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة
ابن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاية لمن أعتق » وقوله « الولاية
للملة كلحمة النسب ». ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر وقال عمر بن عبد العزيز
والزهري وأبو العالية ومكحول ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء قال إذا قال أنت حر
سائبة يوالي من شاء ، والقول بثبوت الولاية للمعتق أظهر الأحاديث ولأن الولاية للملة كلحمة النسب ،

ولنا أن السيد هو المعتق المكاتب لأنه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق المدبر بلا اشكال ، وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» وبطل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى أنس وسليمان بن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولأه لابن عباس وكانوا مكاتبين وكذلك أشباههم وبطل على ذلك أن في حديث بريرة أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كانت أهلي على نسم أواق فأعينني فقالت عائشة إن شاءوا عدت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعات فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشترها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بهوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

(مسئلة) قال (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت)

يعنى إذا عتقت بموت سيدها فولأؤها له يرثها قرب عصبتها، وهذا قول عمر وعثمان وبه قال عامة الفقهاء ، وقال ابن مسعود: تعاق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له وعن ابن عباس نحوه وعن

وكما لا يرول نسب انسان ولا ولد من فراش بشرط لا يزول ولأه عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبي صلى الله عليه وسلم «اشترها واشترطي لهم الولاء فأنما الولاء لمن أعتق» يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء .

وروى مسلم بإسناده عن هزيل ابن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيبون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فإن تأمت وتخرجت عن شيء فنحن نقبله ونجعل له في بيت المال وقال سعيدنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سواثب فماتوا فمكتب إلى عمر رضي الله عنه فمكتب عمر أن ادفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله ولأه فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه وثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالوا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه قال شيخنا وهذا القول أصح في الاثر والنظر لما ذكرنا وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث عتيقه وفعل ابن عمر وابن مسعود في الميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقه لبني بنت يمار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد الذي ذكره الحارثي إذا خلف السائبة مالا اشترى به رقاب فأعتقوا فإن رجع من ميراثه شيء اشترى به أيضاً رقاب

علي لا يعتق مالم يعتقها وله يبعها وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذا كره الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعقها ان ولاها لمن عتق عليه ومنه ذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء. بالذکور من عصبة السيد كالمدير والمكاتب

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والارزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروي عن ابن عباس أن ولأه المعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فيكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له

وانا قول النبي ﷺ الولاء للمعتق ، ولأنه أعتق عبده عن غير إذن غيره. له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

﴿مسئلة﴾ قال (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسئلة الاولى إلا أبا حنيفة وواقفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء. ويلزم العوض وبصير كأنه

فأعتقوا وان خلاف السائبة اذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري ياقبه رقاب فاعتقوا ولا يرد على أهل الفرض .

(فصل) فان أعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئاً جعله في مثله وقال هذا قول الحسن وبه قال اسحاق وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه وقد روي عن أحمد أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه وقال العنبري ومالك ولاؤه لسائر المسلمين يجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أما الولاء لمن أعتق» ولأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقها فكان ولاؤها لها وشرط العتق يوجب له ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع إلى المكاتب ما لا فاداء في كتابته وفارق الذي اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة

﴿مسئلة﴾ (ومن أعتق عبده عن حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والارزاعي وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وداود وروي عن ابن عباس

اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق المحرم قوله عليه السلام «الولاء للمعتق» وعن أحمد مثل ذلك

وأنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وسائر الوكلاء فتنبس عليه محل النزاع

(مسئلة) قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والوطء للمعتق عنه)

لأنه لم في هذه المسئلة خلافاً وإن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بهوض ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

(مسئلة) قال (ولو قال أعتقه والتمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جملاً على اعتاق عبده فازمه ذلك بالعمل كالأمر قال من بي لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار والولاء للمعتق لأنه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك

أن ولأه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسئلة) (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه)

وهذا قول جميع من حكينا قوله في المسئلة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه بهوض فيكون له الولاء ويلزمه العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرنا من الحديث وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة تجوز في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وسائر الوكلاء فتنبس عليه محل النزاع

(مسئلة) (وإذا قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى المعتق عملا بقوله عليه السلام «الولاء للمعتق»
(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعق عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق من ماله ، وان أعتق عنه ما يجب اعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق عبدا له أولاد من مولاة لقوم جر معتق العبد ولأولاده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبدا فأولادها فولد لها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم بعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعق أمهم فصاروا لذلك أحرارا فان أعتق العبد سيده ثبت له عايه الولاء وجراليه ولأولاده عن مولى أمهم لان الاب لما كان مملوكا لم يكن يصلح وارثا ولا وليا في نكاح فكان ابنه كولد الملاءنة ينقطع نسبه عن ابنه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا عتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه وإلى مواليه بمنزلة ماله واستحق الملاءنة ولده هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا من عمرو عثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، ويروى عن رافع بن خديج أن

قال شيخنا لا نعلم خلافا في هذه المسئلة وان الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فتقدر ابتاعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

﴿مسئلة﴾ (ولو قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه)

والولاء للمعتق انما كان الثمن عليه لانه جعل له جملا على اعتاقه عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بني لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار وانما كان الولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام «انما الولاء لمن أعتق»

﴿مسئلة﴾ (وان قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح على وجهين) (أحدهما) لا يصح لانه يلزم منه أن يملك الكافر ولذلك لا يجوز لانه اضرار بالمسلم (والثاني) يصح ويعتق لانه انما يملكه زمنا يسيرا ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لاجل تحصيل الحرية للأبد
﴿مسئلة﴾ (وان أعتق عبدا يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين)

(أحدهما) لا يرث لكن ان كان له عصة على دين المعتق ورث فان أسلم الكافر منها ورث المعتق رواية واحدة اذا اختلف دين السيد وعتقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافا لعموم قوله عليه السلام

الولاء لا ينجر عن موالي الام وبه قال مالك بن أنس بن الحدثان والزهرى وميمون بن مهران وحيد ابن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمه كالحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روى عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرها ابن اللبان وقال : مشهور عن عثمان انه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج

ولما ان الانتساب الى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حرين كان ولدا ولدهما لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الى مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير انه لما قدم خيبر رأى نتيعة لعسا فاعجبه ظفرهم وجههم فسأل عنهم فقبل له موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لا ولاده انتسبوا الى فان ولادكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعثني أمهم فاحتكوا الى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه . الامس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله الامي قال ذو الرمة :

لمياء في شفتيها حوة امس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) وحكم المكاتب بتزوج في كتابته فيأتي له اولاد ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بتي عليه درهم

« الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمه كالحمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ولان الولاء انما ثبت له عليه لانما به باعتاقه وذلك ثابت مع اختلاف دينها ويثبت الولاء للاتى على الذكر وللذكر على الانثى وكل معتق لعموم الخبر والمعنى ولحديث عبد الله بن شداد في بنت حمزة وقد ذكرناه وهل يرث السيد مولاة مع اختلاف الدين ؟ على روايتين (احداها) يرثه يروى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاة النصراني لانه يصلح له ملكه ولا يرث النصراني مولاة المسلم لانه لا يصلح له تملكه وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فمنعه اختلاف الدين كميراث النسب ولان اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالأضعف أولى ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمه كالحمة النسب » فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته .

(مسألة) (فان كان السيد عصبة على دين المعتق ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبة في حياته) ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والا بعد علي دينه ورث البعيد

(فصل) اذا انجر الولاء الى موالى الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يرجع الى موالى الام بحال في قول أكثر أهل العلم . وحكي عن ابن عباس انه يعود الى موالى الام والاول اصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب . ولو انقرض الاب وأبؤه لم تعد النسبة الى الام كذلك الولاء فاذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولدا لموالى أبيه بلا خلاف فان نفاه بالامان عاد ولاؤه الى موالى الام لانا تبيين انه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء الى موالى الاب (فصل) ولا ينجر الولاء الا بشروط ثلاثة [أحدها] أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل اما أن يكون حر الاصل فلا ولا . عليه ولا على ولده بحال وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جرى فيه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن تكون حرة الاصل فلا ولا . على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدتها فان أعتقهم فولأؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعقها لان الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وان أعتقها المولى فانت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وان أتت به لاكثر من ستة أشهر مع بقائها الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثا بعد العتق فلم يمس الرق ولم يحكم برقه بانكسار ، وان كانت المرأة بائنا وأنت بولد

دون القريب فان اجتماعا على الاسلام توارثا كالمتراسين لزوال المانع (فصل) قال الشيخ رحمه الله ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكاتبين أو كاتب من كاتبين

وعنه في بنت المعتق ترث خاصة والاول اصح معنى قوله من الولاء أي بالولاء لان الولاء لا يرث على ما نذكره ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فلها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الحرقي في بنت المعتق ما وجدتها منصوطة عن أحمد وقد قال في رواية بن ارقم وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور واليه ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداود والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمزة كالحمية بالنسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا المذكور خاصة

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الحرقي فوجهها ما روي ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته

لاربعة سنين من حين الفرقة لم يلبق بالاب وكان ولاؤه لمولى أمه وان أتت به لاقبل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه وولد الامة مملوك سواء كان من ذكاح أو من سفاح عرييا كان الزوج أو أعجميا ، وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر ان كان زوجها عرييا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاه عليه وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه ، والاول أولى لان أهم أمة مكانوا عبيدا كما لو كان أبوم أعجميا

[الثالث] أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لاخلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في الاب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء . وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ، ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان لم يعتق الاب ولكن عتق الجد فقال أحمد لا ينجر الولاء ليس هو كلاب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه . وعن أحمد انه يجره وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ابي والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوايه فان اعتق الاب بعد ذلك جره عن موالى الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التصيب وأحكام النسب فكذلك في جر الولاء . وقال زفر ان كان الاب حيا لم ينجر الجد الولاء وان كان ميتا جره وهو القول الثاني للشافعي ولنا ان الاصل بقاء الولاء لمستحقه وانما خواف هذا الاصل للاتفاق على انه ينجر

بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لانها أختي من أمي أمنا سلمى رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح ما روى ابراهيم ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء فأما توريث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أشترها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء ما أعتق» متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام «نحو المرأة ثلاث موارث عتيقها واقيطها وولدها الذي لا عت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولان المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه الميراث لابن معتقه خاصة

وعلى الرواية الاخرى يكون الملك بينهما اثلاثا فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال وعلى الرواية الاخرى يكون الملك لها وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرها وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه فالميراث للاخ ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن للمعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الاخرى

يعتق الأب، والجدة لا يساويه بدليل أنه أو عتق الأب بعد الجد جره عن موالى الجد إليه ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد وله ولان الجد يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالأخ وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن يجر الولاء إليه كالأخ وعلى القول الآخر لافرق بين الجد القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام الأب كقيام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء، ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويستأط تمصبيه وارثه وولايته ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأوم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد وإن لم يكن الجد مولى بل كان حر الأصل فلا ولا، على ولد أبيه فان أعنتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولا، لان الحرية ثبتت له من غير ولا، فلم يتجدد عليه ولا، كالحر الأصلي

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل فلا ولا، على ولدها سواء كان الآخر عربياً أو مولى لان الأم إن كانت حرة لأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في ابتداء الرق والولاء فلان يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولا، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلان يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى، وهذا قول أكثر أهل العلم وسواء كان لأب عربياً أو أعجمياً وقال أبو حنيفة إن كان أعجمياً والأم مولاة ثبت الولاء على ولده

فان لها النصف والباقي للعصبة وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي اعتقه فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة فان خلف ذا فرض سوى البنت كالأم والجدة أو الاخت أو الاخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاة أو مولاته فلذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء رجل وابنته اعتقوا عبداً ثم مات الأب وخلف أبنيه وبنته فماله بينهما اثلاثاً ثم مات العتيق فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما اثلاثاً فيصير للبنت الثلثان ولاخيهما الثلث وإن ماتت البنت قبل العتيق وخلفت ابناً ثم مات العتيق فلا ينها النصف والباقي لاختها ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كالاخيه دون بنتها الا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاختها وإن مات الابن قبل العتيق وخلف بنتاً ثم مات العتيق وخلف معتقة نصفه وبنت اختها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتبارها ونصف الباقي بأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة أبيها ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العتيق وخلفت ابنتها ثم مات العتيق فلا ينها النصف ولا شيء لبنت اختها، امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم العبد فمالها لها فان كان أبوها خلف بنتاً اخرى معها فلها ثلثا مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة (المفني والشرح الكبير) (٣٣) (الجزء السابع)

وليس بصحيح لانه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو عربياً أو مجبوراً بالنسب أو معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجبوراً بالنسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة قال ابن اللبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال الخبري وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لأن مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وإنما استتم في محل الوفاق بحرية الاب فإذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا أن الاب حر محكوم بحريته فأشبهه معروف النسب ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فإنه إنما ثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكماً وظاهراً وإن سلمنا وجود المقتضي فقد ثبت المانع حكماً فإن الاب حرته ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه وإن كان الاب مولى والام مجبوءة بالنسب فلا ولا، عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرنا في التي قبلها ولأن الام لا تخلوا من أن تكون حرة الأصل فلا ولا، على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها ولا لمولى أبيه والاحتمال الاول راجح لوجهين

بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اختها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فقال الأب بينها اثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله لابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء، ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لأن العصبه من النسب مقدم على المقتق في الميراث إلا على رواية الخري فإن للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المقتق وباقيه لعصبته

(مسئلة) (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الاب والجد يرثان السدس مع الابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المقتق وابنه وقال ليس الجد والابن من الكبر في شيء يجربهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري وأسحاق وأبي يوسف وروي عن زيد أن المال لابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد وشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبه والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبه وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبه لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء

(أحدهما) أنه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها (الثاني) أنه معتقد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا اليه معارضاً باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجيحه عليهما محكم لا يجوز المصير اليه بنير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً .
(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدان فولأوهما لمولى أبيهما فإن نقاهما باللعان عاد ولأوهما الى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالى الام واو كان أبوهما عبداً ولم ينقهما وورث موالى الام الميت منهما ثم أعقق الاب انفجر الولاء الى موالى الاب ولم يكن لهم ولاء وللأب استرجاع الميراث لان الولاء إنما ثبت لهم عند اعتناق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب ثبت من حين خالق الوالد

(فصل) وإذا تزوج عبد بمعتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار ولأوهم لموالى أمهم فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولأوه ويجز اليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه ، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في اهل المدينة وأبو حنيفة في اهل العراق والشافعي وشذ عمر بن دينار المدني فقال بجز ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه قال ابن شريح وبمحملة قول الشافعي ولا يعمل على هذا القول لشذوذه ولأنه يؤدي الى أن يكون الولاء ثابتاً على أبيه دونه مع كونه

ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل وحكم الجد وان علا مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ والجد يرث الثلث مع الاخوة إن كان أحظ له اذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين

وبه قال عطاء والليث ويحيى الانصاري وهو قول للشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أباً جملوه أولى من الاخ وورثوه وجده وروى عن زيد أن المال للاخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ونسأ أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالأخوين وإن ترك جد مولاة وابن أخي مولاة فالمال للجد في قول الجميع إلا مالكاً جعل الميراث لابن الاخ وإن سفل وقاله الشافعي أيضاً لان ابن الابن يقدم على الاب وإن سفل وليس هذا صواباً فان الجد يقدم على ابن الاخ في الميراث فكيف يقدم عليه ههنا؟ ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» والدليل على ان الجد أولى أنه يرث ابن ابنته دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلا ولي رجل ذكر» وفي لفظ «فلا ولي عصبة ذكر» ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ

مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن ان يكون مولى نفسه يقتل عنها وبرثها وبزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد بألمعتقة فأعتقه فانه ينجر اليه ولا سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه وللمعتق ولألمعتقة بولائه على أبيه وجده ولألمعتقة باعتاقه اياه ولا يتمتع مثل هذا كما لو أعتق الحرابي عبداً فأسلم ثم أمر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل وبرث كل واحد منهما الآخر بالولاء وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء ، وإن تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه وينجر اليه ولا أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولألمعتري لمولى أم أبيه ، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لأولاء عليه .

(فصل) اذا تزوج عبد لمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاً هـ هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ولأن الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في

كلاب الحقيقي فان اجتمع اخوة وجد فيراث المولى بينهم كمال سيده إن زادوا على اثنين فللجد ثلث ماله لانه أحظ له وإن اجتمع أخوة من أبوين واخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم يأخذ ولد الابوين ما حصل لولد الاب كاليراث وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب .

وانما أنه ميراث بين الجد والاخوة أشبه الميراث بالنسب فان كان مع الاخوة اخوات لم يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام وإن انفرد ولد الاب مع الجد فهم كولد الابوين (فصل) فان ترك جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاة أو وجد جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجاء الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يرثه أولى الناس بالمعتق » فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أباً في ولاية المال والاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الاتفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل ابعد العصبات أولى منه بالولاء

حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولا يه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه فإن كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فلي الوجه الأول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام

(فصل) وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لأن ولدها له فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الأول لأن مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدماً على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها

(فصل في دور الولاء)

إذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها بنتين فاشتريتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولأختها اليها لأنها أعتقت نصف الأب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولأكل واحدة منهما لمولى أمها فإن مات الأب فماله لها ثلثا بالبنوة وبأبيه بالولاء فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لا يهاثم إذا مات الأب فالباقية نصف ميراث

(مسئلة) (والولاء لا يورث وإنما يورث به)

وهذا قول الجمهور روي نحوه ذلك عن عمرو عثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وأبي مسعود البصري وأبي ابن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقادة والشعبي وأبراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وشذ شريح فجعله موروثاً كالمال لا يورث عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أحرزه الولد والوالد فهو لعصبته من كان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمه كالحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء إنما يحصل بانعام السيد على عبده بالعتق وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطها أبو بكر وهو كما قال فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور وقدروى سعيد بإسناده عن الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المولى أخ في الدين ومولى نعمة» وأولى الناس بميراثه أقربهم من المعتق ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض بخلاف المال فعلى هذا ينظر أقرب العصابات إلى المعتق يوم موت المعتق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده

أيها فمالها لأبيها، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم المينة الثمن فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها المينة وهم أختها وموالي أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه المينة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه المينة ثم دار إليها فقال القاضي بجعل في بيت المال لأنه لا مستحق له نفعه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولى أم المينة وهذا قول الجمهور وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء. وفيها أقوال شاذة سري ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله فإن مات الابنتان قبل الأب ورث مالهما بالنسب فإن مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضاً لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فإن كن ثلاثاً مات أحدهن قبل الأب والآخرى بعده فالأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائهما على أختها ويبقى لمولى الأم سهم، ومال ابنتيه على ثمانية عشر للحية تسعة بالنسب وثلثة بولائها على أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالي المينة الأولى للحية سهم ولمولى أمها سهم ويبقى سهم دائر فنجمه لبيت المال دفعه إليه

(مسئلة) (ولاياع ولا يوهب)

لا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء روى ذلك عن عمرو بن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس بن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء وروى سعيد بإسناده عن عبيد الله أنه قال إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نفسه وقد روى سعيد بإسناده عن سفیان عن عمر وابن دينار أن ميمونة وهبت ولأه سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت موالها للعباس وولائهم اليوم لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير وقال ابن جريح قلت لطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال «الولاء كلمة كالجمعة النسب» وقال لعن الله من تولى غير مواليه ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقربة وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المعتق لموته ولا يرثه ورثته إنما يرثون المال به مع بقاءه للمعتق وهذا قول الجمهور على ما ذكرنا

(مسئلة) (وهو لا أكبر فإذا مات المعتق وخلف عتقه وابنين فمات أحد الابنين عن ابن ثم مات المولى فالمرث لا ين) معتقه

ومن جعله لمولى الام فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الام نصفين وترجم باختصار إلى أربعة فان كانت أمها تن شتي فن اثني عشر فان اشترى الابنتان أباها ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جد هما ثم مات الاب فماله بينهما أثلاثا ثم اذا مات الجد وخلف ابنتي ابنة فلها الثلثان والكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لمولى الاب لأنه مولى نصف الجد وهم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه ، وللصغرى ربعه وسدسه فان كانت بجاهها فاشترت الكبرى وأبرها أخاهما لا ييهما فالجواب فيها كائني قبلها

باب ميراث الولاء

بمعني والله اعلم الميراث بالولاء ، و اضاف الميراث اليه لانه سببه فان الشيء يضاق إلى سببه كما يقال دية الخطأ ودية العمد وانما قلنا ذلك لان الولاء لا يورث وانما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمرو عثمان وعلي وزيد بن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وابن مسعود البدرى وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سبه بن وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وجعل شرح الولاء موروثا كالمال ولما قول النبي ﷺ انما الولاء لمن اعنق وقوله الولاء لحمه كاحمة النسب والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على المعتق وهذا

لان الولاء للكبر ولو مات الابن بعده وقبل العتيق وخلف أحدهما ابنا والآ خر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي ان عمر وعليابن مسعود وزيد كانوا يجعلون الولاء للكبر وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدرى وأسماء بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المعتق من عصبته أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت السيد قال ابن سيرين اذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعنته فيجعل ميراثه له واذا مات السيد قبل مولاة لم ينتقل الولاء إلى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبدا لا يزول عنه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعنت وقوله الولاء لحمه كاحمة النسب وانما يرث عصبته السيد مال مولاة بولاء معتقه لانفس الولاء ويتضح ذلك بالمسئلتين اللتين ذكرناهما ههنا وهما اذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبته سيده فلو مات السيد وخلف ابنة وابن ابنة ورثه ابنة دون ابن ابنة فكذلك اذا مات المولى والمسئلة الاخرى اذا مات الابن

المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء (مسألة) قال ولا يرث النساء من الولاء إلا ما اعتقن أو اعتق من اعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتبين وقدروي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روي عن النبي ﷺ أنه ورث بنت حمزة من القمي اعتقه حمزة قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من أن الولاء لا يرث ولهذا قال إلا ما اعتقن ومعتقهن ولاؤه لمن فكيف يرثه؟ والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن وجر الولاء اليهن من اعتقن والكتابة كذلك فأنها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الحرق في ابنة المعتق ما وجدتها منصوصة عنه وقد قال في رواية ابن القمام وقد سأله هل كان لمولى حمزة أو لابنته؟ فقال قد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الأول لاجتماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولأن الولاء حجة كحجة النسب والمولى كالنسيب من الأخ والعلم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة فأما رواية الحرق في بنت المعتق فوجهها ما روى إبراهيم النخعي أن مولى حمزة مات وخلف بنتاً فورث التي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاه بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاه بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لأنها اختي

بعد السيد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ولو كان الولاء موروثاً لاختلف الحكم في المسألتين وكان الميراث في المسألة الأولى بين الابن وابن الابن نصفين لأن الابنين ورثوا الولاء عن أبيهما ثم ما صار إلى الابن الذي مات انتقل إلى ابنته وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن أبيه ولبنه الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وذهب شريح إلى أن الولاء موروث كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً في حياته فهو لورثته وحكي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب وروي عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر قال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وقد ذكرنا ذلك عن شريح وأجبنا عنه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وإن لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولي مولاه ثم لا قرب عصباته ثم لمولى مولى مولاه فإذا انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فماله لبيت المال .

(مسألة) (وإذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما عتق عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته) إذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الاب أو

من امي امنا سلمى، رواه ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح ما روى إبراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فأما توريث المرأة من معتقها ومعتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فإن عاتقة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اشترها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه السلام «تحوز المرأة ثلاثة موارث عتيقها ولقيظها وولدها الذي لا عنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالمراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الأخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال الأعلى الرواية الأخرى فإن الميراث لها، وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه فالمراث للاخ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت الأعلى الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى

فبرائه بينهما أثلاثاً بالنسب فإذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لأنه ابن المعتق أو أخوه فوريته بالنسب وهي مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشترى أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثاً، فإن اشترى أخاها فعتق عليها ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فيه اثنان لابن أخيه دونها لأنه ابن أخي المعتق فإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للاخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فماله لبيت المال لأنه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالمعتق ولم يثبت عليه باعتاق أبيه، وإذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لأنها ليست بعصبة وإنما يرث عصبات المولى فإذا لم يكن له عصبة أم يرجع إلى معتق أبيه وكذلك إن كان له معتق أب ومعتق جد ولم يكن هو معتق فبرائه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه فإن لم يكن له أحد منهم فلبت المال ولا يرجع إلى معتق جده، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباهما ويتصور هذا في موضعين أحدهما أن يكونوا كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسترقا والثاني أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على

بنت حمزة فانه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالام أو الجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فان لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك . رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الاب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما اثلاثاً ثم مات العبد فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الاعلى الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت اثنان ولاخيا الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابناً ثم مات العبد فلا يثبت النصف والباقي لاختها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاختها دون بنتها إلا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاختها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت (١) اختها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتبارها ونصف الباقي لانها بنت معتق النصف والباقي لمصبة ابنها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلا يثبت النصف ولا شيء لبنت اختها . امرأة اعتقت اباًها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم العبد فمالها لها، فان كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فمالها ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اختها ويخرج على الرواية الاخرى أن يكون لها ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فالاب بينهما

(١) في نسخة معتقة
نصفه ونصف اختها

أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لانه إنما يرث بالولاء وهذه لولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لانه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباهما فعتق عليها فمالها ولاؤه وليس لها ولاء على اختها فاذا مات أبوها فمالها اثنان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت اختها فمالها نصف ميراثها بالنسب وباقيه لمصبتها فان لم يكن لها عصبه فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لانها لا ولاء عليها

(فصل في جر الولاء : قال الشيخ رضي الله عنه (كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه الولاء بحال لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » فأما ان تزوج العبد معتقة فأولدها فولدها منه احرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم اذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك احراراً فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لان الاب لو كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد الملاعة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا أعتق العبد صاح الانتساب اليه وعاد وارثاً عاقلاً ولياً فعادت النسبة اليه والى مواليه بمنزلة مالهو استحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والعلماء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزيير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب

اثلاثاً بالبينة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فلبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لمصبتها ومال العبد لمصبتها ولا شيء لبنته فيلان المصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث الاعلى رواية الحرقى فان لبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لمصبتها. امرأة وأخوها اعتقا أباهما ثم اعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فماله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات العبد فميراثه الابن دون اخته لانه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاه، فان مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فماله بين ابنته وابنه نصفين ثم اذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاخ إن كان ابن معتقه وهم اخته وموالي امه فالاخيه نصف السدس والنصف الباقي لمولى امه فحصل لأخيه النصف والرابع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وتأخذ اخته الباقي كله بالرد إن لم يخاف الاب عصبه فان خلف الاب عصبه من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لمصبتها، ولو اشترى رجل واخه أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فاعتقه ثم مات أخوهما فماله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات عتيقه فميراثه لأخيه دون اخته، ولو مات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيه دونها لانه ابن اخي المعتق، وإن لم يخاف الاخ الابنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبدالعزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجر من موالي الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحيد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كالحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرهما ابن اللبان وقال مشهور عن عثمان أنه قضى بحجر الولاء للزبير عن رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حريين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق الاب زالت الضرورة فصادت النسبة إليه والولاء إلى مواليه وروى عبد الرحمن عن الزبير أنه لما قدم خير رأى فتية لمسا فأعجبه ظنهم وجأهم فسأل عنهم فقيل موالي رافع بن خديج وأبوه مملوك لآل الحرقه فاشترى الزبير أباهم فاعتقه وقال لأولاده انتسبوا إلي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعثني أمهم فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه، اللبس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله الله قال ذوالرمة

لمساء في شفتيها حوة لسي وفي اللثات وفي أنيابها شني

(فصل) اذا خلف الميت بنت مولاة ومولى ابيه فماله ليت المال لانه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرة بالعتق لم يثبت عليه باعتقاق ابيه واذا لم يكن لمولاة الا ابنة لم ترث لانها ليست عصبية وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبية لم يرجع الى معتق ابيه وكذلك ان كان له معتق أب أو معتق جد ولم يكن هو معتقا فيراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبية معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له احد منهم فليت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق ابيه شيء.

(فصل) امرأة حرة لاولاء عليها وابوها رقيقان اعتق انسان اباهما ويتصور هذا في موضعين (احدهما) ان يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي وبسي ابوها فيسترقان (الثاني) ان يكون ابوها عبداً تزوج امة على انها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ابها لم يرثها لانه انما يرث بالولاء وهذه لاولاء عليها وهكذا الحكم فيها اذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولداً ثم اعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لاولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احدهما اباهما فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها وللاء على اختها، فاذا مات ابوها فلها الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت اختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبته فان لم يكن لها عصبية فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها، منها بالولاء لانها لاولاء عليها (فصل) ولا يرث من اقارب المعتق ذو فرض منفرد كالاخ من الام والزوج لان الولاء للعصبات

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ثم يعتق حكم العبد الفتن في جر الولاء وكذلك المدبر والمملوق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فصل) وإذا انجر الولاء إلى موالى الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد إلى موالى الام بحال في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب ولو انقرض الاب وآبؤه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولده لولاء ولدها لموالى ابيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الام لانا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستأحقه عاد الولاء إلى موالى الاب. (فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة.

(أحدها) أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جرفيه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولدهما بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعتقهم فولأؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعقوبتها لان الولاء ثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق أقواله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتقها المولى

وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء وقد روى عن احمد انه قال لا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الا ان الملائنة ترث من اعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول ان الملائنة عصبه ابنها وهي احق بالميراث من عصبها فترث لكونها عصبه قائمة مقام ابيه فأما على الرواية الاخرى فان الولاء يكون لعصبها

﴿مسئلة﴾ قال (والولاء لا قرب عصبه المعتقد)

وجملة ذلك ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لا قرب عصبته سواء كان ولداً او اباً او اخاً او عمّاً او ابن عم أو عم اب ، وسواء كان المعتقد ذكراً او اُنثى ، فان لم يكن له عصبه من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك ابدأ روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو حنيفة وصاحبا ، وقد روي عن علي ما يدل على ان مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ان ميراث موالها لاختها وابن اخيها دون ابنها وروي عنه الرجوع الى مثل قول الجماعة فروي عن ابراهيم انه قال اختصم حلي والزبير في موالى صفية بنت عبدالمطلب فقال علي أنا أحق بهم انا ارثهم واعقل عنهم وقال الزبير هم موالى امي وانا ارثهم فقضى عمر للزبير بالميراث

فأنت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعنت بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن أنت به لا أكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمس الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائناً وأنت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عربياً كان الزوج أو أعجمياً وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر إن كان زوجها عربياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن احمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور والشافعي في القديم ثم رجع عنه والاول أولى لان أهمهم أمة فكانوا عبيداً كما لو كان أبوهم أعجمياً .

(الثالث) أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في العبد بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق وهذا مذهب الشافعي .

﴿مسئلة﴾ (وإن أعتق الجد لم يجر ولاههم في أصبح الروايتين وعنه بجره)

قال احمد رحمه الله الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبا ، وعن احمد أنه يجره وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوله فان أعتق الأب بعد ذلك جره عن

والعقل على علي رواه سعيد قال حدثنا أبو معاوية ثنا عبيدة الصبي عن إبراهيم وقال حدثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالى صفية للزبير دون العباس وقضى عمر في موالى أم هانئ بنت أبي طالب لا يبيها حمدة بن هيرة دون علي، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة اعتقت مبداهاً ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاهاً ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراث لابن المرأة» فقال آخرها يا رسول الله لو جر جريرة كانت علي ويكرن ميراثه لهذا؟ قال نعم وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال «المولى أخ في الدين ومولى النعمة يرثه أدلى الناس بالمعتق» إذا ثبت هذا فإن المنة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخوها أو ابن أخيها ثم ماتت مولاها فميراثها لابنها وإن ماتت ابناً بعدها وقبل مولاها وتركت عصبة كأمهائه وبني أعمامه ثم مات العبد وترك أخاً مولاه وعصبة ابنها فميراثه لأخيه مولاه لأنه أقرب عصبة للمعتق فإن المرأة أو كانت هي المينة أو رثها أخوها وعصبتها فإن انقرضت عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها يروى نحو هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس وزهري وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال وقد روي عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن

موالي الجد إليه لأن الجد يقوم مقام الأب في التصيب وأحكام النسب كذلك في جر الولاء وقال زفر إن كان الأب حياً لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتاً جره وهو القول الثاني للشافعي ولنا أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعق الأب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولأن الجد يدني بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالأخ وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر إليه الولاء كالأخ، وإن قلنا أنه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد لأن البعيد يقوم مقام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء لأن كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصبيه وارثه وولايته، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأؤهم لمولى أمهم وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد فإن لم يكن الجد مولى بل كان حراً لأصل فلا ولأه على ولدائه فإن أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولأه لأن الحرية ثبتت له من غير ولأه فلم يتجدد عايبه ولأه كالحرة الأصل (فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولأؤهما لمولى أبيهما فإن تقاهما بالعمان عادولاً ولأهما إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه وموالياً فإن أ كذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من مولى الأم، ولو كان أبوهما عبداً أو لم ينقها وورث موالي الأم الميت منها ثم أعتق الأب

شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلة فماتت أمهم فوردوا عنها ولأولادها وكان عمرو بن العاص عصبه بنيتها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالا فخاصمه اخوتها إلى عمر فقال قال رسول الله ﷺ ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساسة رواه أبو داود وابن ماجه في سننها، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمعتق يورث به أقرب عصبته ومن لم يكن من عصبته لم يورث شيئاً وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يورث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد الناس يفاطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يورث المولى المعتق من أقارب معتقه إلا عصبته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يورث ذو فرض بفرض ولا ذو رحم، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتصبب كلاب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التصبب ولم يورث بفرضه شيئاً وإن كان عصبته في درجة واحدة كالبنين وبناتهم والأخوة وبناتهم والأعمام وبناتهم انقسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة والله أعلم

لم يجر الولاء إلى مولى الأب ولم يكن لهم ولا للاب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب وبفارق الأب إذا أ كذب نفسه لأن النسب يثبت من حين خالف الولد .

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويقتى ولاؤه لمولى أمه لأنه لا يجر ولاؤه نفسه)

وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة ، وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عمرو ابن دينار المدني فقال يجر ولاؤه نفسه فيصير جراً لأولاء عليه، قال ابن شريح ويحتمله قول الشافعي ولا تعويل على هذا القول لشذوذ ولائه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه مولوداً لها في حال رقها أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أباً معتقه فأعتقه فانه يجر ولاؤه سيده) فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعناقه إياه وللمعتق ولاؤه معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منهما مولى الآخر، مثل ذلك لو اعتق الحرابي عبداً فأسلم ثم أسره سيده فأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء فانه كما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء

(فصل) وإن تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه

(مسئلة) قال (واذا مات المعتق وخلف اباه معتقه وابن معتقه فلا ب معتقه السدس وما بقي فللابن)

نص أحد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري وإسحاق وأبي يوسف ويروى عن زبد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالأخوين ولا نعلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء. ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل حكم الجد وان على مع الابن وابنه سواء.

(مسئلة) قال (وان خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الأنصاري ومال إليه الأوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري

ولاء أبيه وسائر أولاد جدده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه
(فصل) وان تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولدًا فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدًا فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جده، ولأن الولاء الثابت على الاب بمنم ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولا يسه مولى كان مولاه أحق به من موالي أبيه فان كان له مولى أم ومولى أم اب ومولى أم جد وجد أبيه مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى ام الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام.

(فصل) ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتًا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنًا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولدًا فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه وان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لأن ولدها له، فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لأن مولى أم أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على أمها وثبت له الولاء عليها

وأبي يوسف ومحمد والدين نزلوا الجد أبا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروى عن زيد أن المال الأخ وهو قول مالك والشافعي لأن الأخ ابن الأب والجد أبوه وابن أخ من الأب ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كلاخوين وإن ترك جده ولده وابني أخيه مولاه فالل مال لجد في قولهم جميعاً إلا مالك جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل ، وقاله الشافعي أيضاً لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب وليس هذا بصواب فإن ابن الأخ محبوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ولأن الجد أولى بالمعق من ابن الأخ فيرث مولاه لقول النبي ﷺ «المولى أخ في الدين وولي نعمه يرثه أحق الناس بالمعق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ «ألقوا الفرائض بأهلها وما أبقت الفروض فلا أولى رجل ذكر» وفي لفظ «الأولى عصبه ذكر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالأب الحقيقي ولأنه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصباء

(فصل) فإن اجتمع أخوة وجد في ميراث المولى بينهم كالسيدد ، وإن اجتمع أخوة من أبوين وأخوة من أب عاد الأخوة من الأبوين الجد بالأخوة من الأب ثم ما حصل لهم أخذه ولد الأبوين ، وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب ولنا أنه ميراث من الجد والأخوة فأشبه الميراث بالنسب ، فإن كان مع الأخوة أخوات لم

﴿مسئلة﴾ (وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبته ومولاه فولاؤها لابنها وعقله على عصبته لما روى إبراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفة فقال علي مولى عمي وأنا اعقل عنه وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى علي بالعقل ذكره الامام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال قضى بولاء صفة للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانئ لجمدة بن هيرة دون علي ، ولا يتم كون العقل على العصبه والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنيها لابنها وعقلها على العصبه وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة اعتقت عبداً ثم توفيت وترك ابنها لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال «نعم» وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصباتها من عشيرتها ولأن الاخبار التي روينها إنما وردت في المرأة . أما الرجل المعتق فإنه يعقل عنه معتقه لأنه عصبه من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصبته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة

(فصل) فإن كان المولى حياً وهو رجل مقل مؤسر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبه معتقه

يعتد بهن لأنهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالأخوة من الأم ، وإن انفرد الأخوة من الأب مع الجد فحكمهم حكم الأخوة من الأبوين

(فصل) وإن ترك جد مولاه وعم مولاه فهو لجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري والأوزاعي وأهل العراق ، وقال الشافعي هو للعم وبنه وإن سفلوا دون جد الأب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخت سواء فجحد الأب والعم سواء وهو أولى من ابن العم ولنا قول النبي ﷺ يرثه أولى الناس بالمعتق والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بهالة وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك ، والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الإجماع على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعقته على ابن ابنه وعقته ابن ابنه وإتفاء القصاص عنه يقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء.

(مسألة) قال (وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لأن الولاء للكبر ، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة) هذا قول أكثر أهل العلم قال الإمام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ،

وإن كان صبيّاً أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جنابة خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم (فصل) ولا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلاً توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى عن عمر مثل هذا ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي ﷺ له ميراثه فضية في عين تحتل أنه كان وارثاً بغير جهة الاعتاق ، ويكون قاعدة الحديث أن اعتاقه إياه لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه صلة وتفضلاً وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يفرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هو منهم وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر المأثلة فإنه لم ينعم عليهم ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى الإنسان دين آخر فقد فرم عنه وأنعم عليه ولا يعقل عنه

(١) في نسخة

نشط

وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعابا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولا للكبير ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدرى وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى وقتادة وابن قسيط^(١) ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولا للكبير وتفسيره أنه يرث المولى المعتقد من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت السيد . قال ابن سيرين إذا مات المعتقد نظر إلى أقرب الناس إلا الذي اعتقه فيجعل ميراثه له ، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولا إلى عصبته لأن الولا كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتقد أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام «أما الولا لمن أعتق» وقوله «الولا لحمة كالحمة النسب» وإنما يرث عصبته السيد مال مولاه بولاه معتقه لأنفس الولا ، ويتضح معنى هذا القول بمسئلتى الحرقى اللتين ذكرناهما هنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن معتقه لأن ابن المعتق أقرب عصبته سيده ، وأومات السيد وخاف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى ، والمسئلة الأخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة لأن السيد أومات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، وأو كان الولا ، وروى بالنعكس الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الأولى بين الابن وابن الابن كأن الابنين ورثا الولا . عن أبيهم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث الولي ببنه وبين همه نصفين ، وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولا بميراثه ذلك عن ابنه ولابن الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شرح فقال الولا بمنزلة المال يورث عن المعتقد فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته

وقد حكى عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحو هذا . وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم

(فصل في دور الولا) قال الشيخ رضي الله عنه (إذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما

وصار ولاؤه بينهما نصفين وجر كل واحد نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه)

فإن مات الأب ورثاه أثلاثاً فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فميراثه لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الاخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي الأم نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر لأنه خرج من الأخ وعاد إليه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لموالي الأم لأن مقتضى كونه دائراً أن يدور أبداً وفي كل دورة يصير لمولى الأم نصفه ، ولا يزال كذلك حتى ينفد وهو قول الجمهور (والثاني) يجعل في بيت المال قال القاضي لأنه مال لا مستحق له فعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي والاولى أولى إن شاء الله تعالى .

عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر في روايتهما فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبير فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبير، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابني فيموت أحد الابنين ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شي . مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقياس على المال

ولنا قول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقربهم من المعتق » وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كاحمة النسب » ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالنراة والنكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاة الشعبي والائمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم ، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وإنما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصبائه يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولاة وابن ابن مولاة فماله لابن مولاة ، وإن خلف ابن ابن مولاة وتسعة بني ابن آخر لمولاة فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدم كذلك ، ولو خلف السيد ابنة وابن ابنة فمات ابنة بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حيا عند موت ابنة ، وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الاخ من الاب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الابوين وفي قول شريح هو لابن الاخ من الاب وإن لم يخلف عصبه من نسب مولاة فماله لمولى مولاة ثم لا قرب عصبائه ثم لمولى مولاة فإذا انقرض عصبائه وموالي الموالى وعصبائهم فماله لبيت المال

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أعتق عبدا فولأؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسئلة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبه من نسبه ولا وارثا منهم إذ لو خلف وارثا من

(فصل) فإن كانت المسئلة بحالها إلا أن مكاتب الابن بنت فاشتريت أباه عتق عليها وجر إليها ولأولادها فإذا مات الاب فلا بنتيه الثلثان بالنسب والباقي لمعتقه بالولاء فإن مات التي لم تشتريه بعد ذلك فمالها لأختها نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها ، ولو مات التي اشتريته فلا أختها النصف والباقي لموالي أمها فإن اشترت البنتان أباهما نصفين عتق عليهما وجر إلى كل واحدة نصف ولأولادها فإذا مات الاب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فإن مات أحدهما بعد ذلك فلا أختها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر إلى أمها من ولاد نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها ، فإن كانت أحدهما

نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاة وولده فليس في ذلك اشكال ، وإذا لم يخلف الابن مولاة وعصبة مولاة فماله لابن مولاة لانه أقرب عصبات المعتق ، وعقله ان جنى جناية على عصبية مولاة إن كان المعتق امرأة لما روى ابراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه ، وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى علي بالعقل . ذكر هذا الامام احمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانيء لجمدة بن هبيرة دون علي ، ولا يتم كون العقل على العصبية والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها ابنها وعقلها على العصبية . وقا . روى زياد بن أبي مرجم أن امرأة أعتقت عبدا لها ثم توفيت وترك ابنها لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال نعم ، وإنما هلنا مسألة الحرقي على ما إذا كان المعتق امرأة لان الاخبار التي رويناها إنما وردت فيها ولان المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فانه يعقل عن معتقه لانه عصبية من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم

(فصل) فان كان المولى حيا وهو رجل عاقل موصر فعليه من العقل وله الميراث لانه عصبية معتقه ، وإن كان صبيًا أو امرأة أو معتوها فالعقل على عصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبهه مالو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جنى عليهم كان الارش لهم

(افصل) ولا يرث المولى من أسفل (١) معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه قال الترمذي هذا حديث حسن وروى عن عمر بن الخطاب هذا

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي

ماتت قبل أبيها فمالها له ثم إذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى الام الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدها فمالها لمواليها نصفه لموالي أسها ونصفه لموالي أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار إليها فقيه الوجهان اللذان ذكرناهما وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواهما وهذا أصح ما قيل فيها ان شاء الله تعالى

(١) في نسخة من أصل معتقه

ﷺ له قضية في عين محتمل أن يكون وارثاً بجهة غير الاعتاق وتكون فائدة الحديث أن اعتاقه له لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً، إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هذا منهم وما ذكره لأصل له وينعكس كسائر العاقلة فإنه لم ينهم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل

(فصل) فإن أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشافعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول إسحاق وحكي عن إبراهيم أن له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فهو مولاة يرثه ويدي عنه» رواه سعيد وقال أيضاً حدثنا عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم السامي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه» وروى بإسناده عن نعيم الداري أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين فقال «هو أولى الناس بحياته ومماته» رواه أبو داود والترمذي وقال لأظنه اتصالاً

ولنا قول النبي ﷺ «إما الولاء لمن اعتق» ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمارة بن يحيى الصدفي وهو ضعيف وحديث نعيم تكلم الترمذي فيه (فصل) وإن عاقد رجل رجلاً فقال عاقدتك علي أن ترثني وأرثك وتعقل عني واعتل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به ارث ولا عقل، وبه قال الشافعي وقال الحكم وحامد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم إنو له تعالى (والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم) ولأن هذا كالوصية ووصية الذي لا وارث له بجميع ماله جائزة.

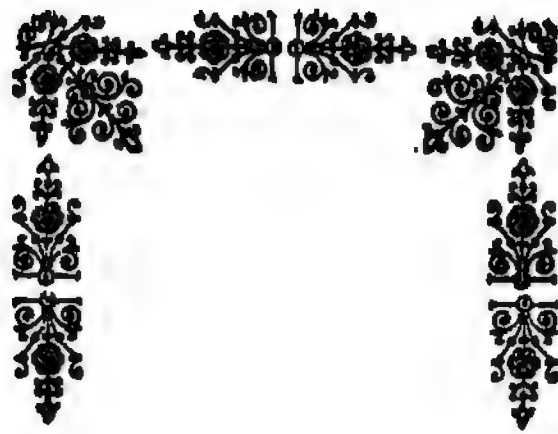
فإن اشترت الابنتان أباهما ثم اشترى أبوها هو والكبرى جدهما ثم مات الأب فإله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلها الثلثان وللکبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الأب لأنه مولى نصف الجد وهما ابنتاه فيحصل للکبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لا ييهما فالجواب فيها كالتالي قباهما

(فصل) فإن اشترى ثلاث بنات أمهاتهن معتقات أباهن أثلاثاً عتق عليهن وجر إلى كل واحدة ثلث ولأخها فإن مات الأب كان ماله بينهما أثلاثاً بالنسب والولاء، فإن ماتت إحداهن بعده كان لأختها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء والباقي لموالي أمها وتصع من تسعة، ولو ماتت إحداهن ثم مات

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » ولان أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مجاهد فأتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة وليس هذا بوصلة لان الوصي لا يهقل فله الرجوع وهذا عندم بخلافه

(فصل) والقبط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وقها الامصار ، وروي عن عمر أن ولاءه لما تنطه وبه قال الليث واصحاق وعن ابراهيم ان نوي أن يرث منه فذلك وقد روي عن النبي ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة دوايرث انبطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه » ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه ليس بقراءة ولا عتيق ولا ذى نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام :

الاب قسم ماله على سبعة وعشرين لها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء ويبقى التسع وهو حصة المينة قلها ثلثاء لان لها ثاني ولائها ولموالي أمها السدس والسدس الباقي للمينة قباها لان لها ثلث ولائها أيضا فيكون هذا السدس بين مولى أم المينة الاولى والأختين على ثلاثة فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر لموالي أم المينة الاولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالي أمها وسهم يعود الى المينة الثانية لان لها ثلث ولائها فهذا هو السهم الدائر لانه خرج من الثانية الى الاولى ثم رجع اليها



كتاب الودیعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وروي عنه عليه السلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردّها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة بتقضيها فان بالناس اليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بانفسهم ويحتاجون الى من يحفظ لهم ، والوديعة فعيلة من يدع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكانها ساكنة عند المودع مستقرة ، وقيل هي مشتقة من الحفض والدعة فكانها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاوته ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبوله لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

(مسألة) قال (وليس على مودع ضمان اذا لم يتعمد)

وجهه ان الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قل القاضي والاولى أصح لان الله

(باب الوديعة)

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردّها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة بتقضيها لحاجة الناس اليها فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم

تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الأمانة ، و يروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « ليس على المستودع ضمان » و يروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعدي ، وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا ، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها انتفعت ضمن بغير خلاف فعلمه لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع (فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة قبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة

(مسألة) قال (فإن خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل (إحداهن) أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لم يتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بثلاث أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدرهم أو دهنًا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم أن خلط دراهم بدرهم على وجه الحرز لم يضمن ، وحكي عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وإن أمره صاحبها

ويحتاجون إلى من يحفظها لهم والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أي هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكانها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكانها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاوته وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها للآية وإن ردها المستودع على صاحبها لزمه القبول لأن المستودع متبرع بأمساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل (مسئلة) (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها إلا أن يتعدى وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) وجملة ذلك أن الوديعة أمانة إذا تلفت من غير تعد ولا تفريط من المودع فليس عليه

بخطأها بماله أو بنيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه ، وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخطئها فخطأها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخطأ دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى ، وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها أو تلفت بذلك لم يضمن خطأها أولى وإن خطأها غيره فالضمان على من خطأها لأن العدو ان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها

(المسئلة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحجزها بحرز مثلها فإنه يضمنها ، وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وإن أحرزها بمثلها أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة

(المسئلة الثالثة) إذا أودعها غيره ولها صورتان [إحداها] أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وأحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن إيداعها وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره ، فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس الأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه ، وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لأنه ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من القاصب فإنه لم يوجب الضمان على القاصب إنما لزمه الضمان بالقاصب ، ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكة فضمنه كالقاصب من القاصب ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أحمد الضمان على الأول لا ينفى الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم القاصب

ضمان سواء ذهب معاشي من مال المودع أو لم يذهب هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أن ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله قال القاضي والأول أصح لأن الله تعالى مباحها أمانة والضمان ينافي الأمانة وروى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المودع ضمان » ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع إليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما ينشأ من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرناه فإن تعدى المودع فيها

ولا ينفي وجوبه على القابض منه فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الاول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا للقول الاول لأصله ثم هو متقضى بما إذا دفع الوديعة إلى انسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كمرأته وغلالمه لم يضمن نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبهه ماله وحفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه ليستقيها ويفارق الأجنبي فان دفعها إليه لا يعد حفظاً منه

(الصورة الثانية) إذا كان له عذر مثل ان أراد سفرأ أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجوز له دفعها إلى غيره فان فعل ضمنها لانه دفعها إلى غير مالئها بغير اذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى وان لم يتدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن لانه متبرع بما سألها فلا يلزمه استعادته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له وبمقتضى أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها وان لم يتدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لانه وضع حاجة . وذكروا القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم وان دقها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده وان لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وان أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وان أعلم بها ثقة لا يدل على المسكان فقد فرط لانه لم يودعها إياه ولا يتدر على الاحتفاظ بها .

أو فرط في حفظها ضمنها بغير خلاف علمناه لانه متلف لما لا غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع (فصل) فان شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة قبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع اذا قال أنا ضامن فسرت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمناربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبه قال الثوري وأسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالك

(مسئلة) (ويلزمه حفظها في حرز مثلها)

اذا اودع وديعة ولم يعين المودع له موضعاً لها فان المودع يلزمه حفظها في حرز مثلها كما يحفظ ماله وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة فان لم يحفظها في حرز مثلها ضمنها لانه فرط فيها فان وضعها

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه مخالف لصاحبها وان لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها

نص عليه أحد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة أشبه مالو كان السفر مخوفا .

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف أشبه مالو لم يجد أحداً يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالئها أو نائبه بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه ينفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها فان النبي ﷺ قال : « ان المسافر وماله لم يلق قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا ينفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فاما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه يوضع حاجته فيختار فعل مافيه الحظ (فصل) وان حضره الموت فتحكه حكم السفر على ما مضى من أحكامه الا في أخذها معه لان كل واحد منها سبب لخروج الوديعة عن يده .

(مسئله) قال (وان كانت غلة فخلطها في صحاح او صحاحا فخلطها في غلة فلا ضمان عليه)

يعني بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نفهم فيه اختلافاً ، وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبهذا بسود ، وقد حكى عن احمد فيمن خلط دراهم ببسود يضمنها وامله قال ذلك لكونها تمكث بسبب منها سواداً أو يتغير لونها فتتقص قيمتها فان لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

في حرز مثلها ثم نقلها عنه الى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها الى مثل الاول او دونه لان صاحبها رد حفظها الى رأيه واجتهاده واذن له في احرارها بما شاء من احرار مثلها ولهذا لو تركها في الثاني اولا لم يضمنها فكذلك اذا نقلها اليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع انما هو وكيل في حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا ان يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في اخراجها ويعلم ان صاحبها لو حضر في هذه الحال اخراجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كما المستودع اذا خاف عليها

(مسئلة) قال ولو أمره أن يجعلها في منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه

وجهة ذلك أن رب الودعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممثّل لأمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سيلا وتوى ، يعني هلاكاً ، فأخرجها منه إلى حرزها فتألفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضاً لأن نقلها في هذه الحال تأمين حفظاً لها وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتألفت ضمنها سواء تألفت بالأمر الخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها وتركها تضيق لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إخراجها مثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتفريطه وإن لم يكن إخراجها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إخراجها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواء وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضاً للزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلاً في الضرر ويحتمل كلام الحرقي لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ماله فأخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تألفت ففيه وجهان أحدهما بضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لأنه ممثّل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقال أبو حنيفة إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبهه ماله ونقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

(مسئلة) (وإن عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن)

وجهة ذلك أن المودع إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممثّل غير مفرط وإن أخرجها في دونه ضمن لأنه مخالف ولأن صاحبها لم ير ضه
(مسئلة) (وإن أخرجها في مثله أو فوقه لم يضمن) وكذلك إن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة هذا قول القاضي وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضاً للزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلاً في الضرر ولأن من رضي حرزاً رضي مثله أو فوقه وقيل يضمن ويحتمل كلام الحرقي لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه فهو كما لو نقلها إلى مثله وإن فعله لحاجة لم يضمن لما ذكره

وانما أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس مافرق به صحيحا لان ثبوت الدار يختلف فيها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسراً أو أضعف حائطاً أو أسهل تقباً أو لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشبه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعبدته من غير ضرورة ، وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فإن تركها فتلفت ضمنها لان نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها ههنا في إخراجها أشبه ما لو لم ينه عن إخراجها فإن قال لا تخرجها وإن خفت، عليها فإخراجها من غير خوف ضمنها وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لان نهيه مع خوف الملاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلا يضمنها لامتناله أمر صاحبها كما لو قال له أتلها فأتلها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له أتلها فلم يتلها حتى تلفت

(فصل) وان أودعه ودبعة ولم يبين له موضع إحرازها فإن المودع يحفظها في حرز ، مثلها أي موضع شاء فإن وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز ، مثلها أم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لان ربهارد حفظها إلى رأيه واجتهاده وأذن له في إحرازها بما شاء ، من إحراز ، مثلها ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولا لم يضمنها فكذلك إذا نقلها إليه ، ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجها لانه مأدور بحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها أو حضر في هذه الاحوال لا يخرجها ولانه مأدور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها

(فصل) إذا أخرج الوديعة المنهى عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لنار أو سبل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا

﴿ مسألة ﴾ وان نهى المالك عن إخراجها فأخرجها القشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن وان تركها قتلت ضمنها وان أخرجها لغير خوف ضمن)

إذا نهى المالك عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه حكم ما لو لم ينهه على ما ذكرنا من الخلاف فيه فان أخرجها شيء الغالب منه التوى ، مثل ان خاف عليها نهياً أو هلاكاً لم يضمنها لانه غير مفرط في حفظها لان حفظها نقاه وتركها تضييع لها وان نقاه في هذه الحال الى دون الحرز فان أمكنه إحرازها في مثله أو أعلى منه ضمنها لتفريطه وان لم يمكنه لم يضمن لان إحرازها بذلك احفظ لها وليس في وسعه سواء وان تركها قتلت ضمن سواء تلفت بالامر الخوف أو بغيره لانه مفرط في حفظها لان حفظها في نقلها وتركها تضييع لها وفيه وجه آخر انه لا يضمن لانه أمثل أمر صاحبها شبه ما لو قال لا تخرجها وان خفت عليها فان أخرجها لغير خوف ضمن سواء أخرجها

مما لا تتم إقامته عليه لانه أمر ظاهر فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لانه تعذر إقامة البينة فيطالب بها كالأوداع في التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ماضى من التفصيل فيه

(فصل) ولو أمره أن يحملها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها، وإن جاء بها في السوق فقال أحفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه، وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لان العادة أن الإنسان إذا أودع شيئاً وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها وأوامر برضها لشرط عليه خلافها وأمره بتحميل حملها فاما أن يقبل بهذا الشرط أو يردّها وإن قال اجعلها في مكان فحملها في جيبه لم يضمنها لان الجيب أحرز لها لانه أمان، فيسقط الشيء من كونه بخلاف الجيب وإن قال اجعلها في جيبك فتركها في كونه ضمنها لذلك وإن جعلها في يده ضمن أيضاً كذلك وإن قال اجعلها في كك فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم والثاني لا يضمن لان اليد لا تسلط عليها الطرار بالابط والحكم بخلافه ولان كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ولما نصر الوجه الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كونه ضمن لذلك، وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كونه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمر بشدها في كونه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وإن أمر بحفظها مطابقاً فتركها في جيبه أو شدها في كونه لم يضمنها وإن تركها في كونه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لانه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة

إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه لانه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وفيه قول آخر انه لا يضمن كما لو لم يمين له حرزاً وقد ذكرناه وهو قول القاضي وقال أبو حنيفة إن نهأ عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيت من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فاشبه مالو نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

ولنا انه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار ولا يصح هذا الفرق لان بيوت الدار تختلف فتحتمل ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى الانهدام أو إلى موضع الوقود أو أسهل فتحاً أو أضعف حائطاً أو أسهل نقباً أو يكون المالك يسكن به أو غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تقويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة

الناس في حفظ أموالهم فإن شذها على عضده لم يضمنها لان ذلك أحفظ لها ، وقال القاضي ان شذها من جانب الجيب لم يضمن وإن شذها من الجانب الآخر ضمنها لان الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شذها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شذها في كفه فان الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان احرازها بأحفظ الحرزين مانعا من احرازها بما دونه إذا كان حرزا بثلاثها وشذها على العضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرسون به أموالهم فأشبهه شذها في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشذها مما يلي الجيب فشذها من الجانب الآخر ضمن وان أمره بشذها مما يلي الجانب الآخر فشذها مما يلي الجيب لم يضمن لانه احرز وان أمره بشذها على عضده مطلقا أو أمره بحفظها معه فشذها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه ممثّل أمر مالكا محرزها بحرز مثلها وان شذها على وسطه فهو احرز لها وكذلك ان تركها في بيته في حرزها .

(فصل) وان أمره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تم فوقها فخالفه في ذلك أو قال لا تقفل عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربه في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبهه ما لو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لان النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه الاص عليها ويحثه على الجدي في سرقتها والاحتياط لاخذها ولنا أن ذلك احرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره .

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوما فسرقها اعدم ضمنها لأنها ذهبت بتعديده ومخالفته وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وان سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لان فعله لم يكن سببا لانلافها ويحتمل ان يلزمه الضمان لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولا نها

﴿ مسألة ﴾ (فان قال لا تخرجها وان خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن)

إذا أخرجها في هذه الحال من غير خوف ضمنها لانه مخالف شرط صاحبها لغير حاجة وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتناله امر صاحبها أشبه مالو اذن له في اتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زاده خيرا وحفظا فلم يضمن كما لو اذن له في اتلافها فلم يفعل حتى تلفت

(فصل) اذا أخرج الوديعة المتهمة عن اخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سبل أو أمر ظاهر وانكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة انه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لانه مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لظهوره فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج الى بينة لانه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها

مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لانتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

(فصل) إذا قال ضم هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها أغاظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضه في أتمتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها الفاظها عليه فيضمنه أيضاً لأن مخالفته سبب لتلفه .

(مسئلة) قال (وإذا أودعه شيئاً ثم سأل دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكا إذا طلبها فامكن أداؤها إليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) وأمر به رسول الله ﷺ فقال «أد الأمانة إلى من ائتمنتك ولا تخن من خانك» يعني عند طلبها ولا نها حق لمالكها لم يتعاقبها حق غيره فلزم أداؤها إليه كالمقصوب والدين الحال فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه بعد أو لتخاف في طريقها أو ليعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لأن الله تعالى لا يكاف نفساً الأوسعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهض مني الطعام فاني متمهل أمهل بقدر ذلك .

(فصل) رابح على المتودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت من الحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لأنه قبض العين لمنفعة مالكا على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكاله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لأنه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالمغاصب

(مسئلة) قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يقرم من تركته فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فإن وفيت تركته بهما وإلا اقتسمها بالخصص وبهذا قال

كما لو ادعى تلفها بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها وإن جاء بها في السوق فقال أحفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت لم يضمن وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا

قال شيخنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله فيصطحبه معه لم يضمن لأن المودع عالم بهذه العادة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حماها فلما ان يقبلها بهذا الشرط أو يردها

الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وأبي جعفر محمد بن علي، وروى عن النخعي الأمانة قبل الدين وقال الحارث المكي: الدين قبل الأمانة

ولنا أنها حقان وجبا في ذمة فتساويا كالدينين وسراء وجد في تركته من جنس الودبة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي ودبة أو علي ودبة لفلان أو ثبت بينة أنه مات وعنده ودبة فأما إن كانت عنده ودبة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لأن الودبة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لا ضمان عليه لأن الودبة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الأول لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) وإن مات وعنده ودبة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامها وإيسار لهم إيساها قبل أن يعلم بها ربهما لأنه لم يأتهم عليها وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فإن آخر ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا ولا تثبت الودبة إلا باقرار من المبت أو ورثته أو بينة تشهد بها وإن وجد عليها مكتوب ودبة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الغarf كانت فيه ودبة قبل هذا أو كان ودبة أو روثهم عند غيره أو كانت ودبة قابضها وكذا ذلك أو وجد في رزنامج أبيه أن لفلان عندي ودبة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك،

(مسئلة) قال (وإذا طالبه بالودبة فقال ما أودعني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل ودبة فقال ما أودعني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لأنكاره الأول ومعتز على نفسه بالكذب المنافي للأمانة وإن أقر له بتلفها من حرزه قبل جمعه فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلفت بعد جمعه لم يسقط عنه

(مسئلة) (وإن أودعه بهيمة فلم يعلقها حتى ماتت ضمنها إلا أن ينهأ المالك عن علقها) إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلقها لزمه ذلك وبه قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه وبه قال أبو حنيفة لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلقها والعلق على مالكها فإذا لم يعلقها كان هو المقرط

الضمان لانه خرج بالجحود عن الامانة فصار ضامنا كمن طواب بالوديعة فامتنع من ردها وان أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ ففيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لانه مكذب لها بالكاره الا يداع (والثاني) تسمع بينته لان المودع او اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتنفي بأمر متردد وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقالت البينة بالايديع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تنزيه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا اسكن ان ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وانما كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لان جحوده أوجب الضمان عليه نصار كالفاسب

(فصل) إذا نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالمئقط بقصد التملك

ولنا قول النبي ﷺ «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تكلم به أو تعمل به» ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق المئقط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها نارا بالخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو انتقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كسائتنا ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضدها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا انه هدى بإخراجها شبه ماله استعمالها بخلاف ما اذا نقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال بن المنذر أجمع

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فان ترك علفها حتى تلفت ضمنها لانه مفرط فيها فان أمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لحرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك وحرمة البهيمة فان الحيوان يجب احياءه بالعلق والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع به فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة والاول أولى ثم ينظر فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالاتفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له في الاتفاق عليها ليرجع به فان عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أتفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها أو اتفاه عليها أو إجارها أو الاستدانة على صاحبها ويدفع إلى المودع لينفقها عليها أو إلى غيره فينفق عليها إن رأى

كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها بينة لم يقبل قوله في الرد إلا بينة .

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وإن قال دفعها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها إلا أن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول بن أبي لبى وقال مالك والثوري والخبري والشافعي وأصحاب الرأي القول قول المالك لأن الأصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ننظر في المدفوع إليه فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برى الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرأه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يتقبل قوله في التالف والرد فلا قاعدة في الأشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها

(فصل) وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين (أحدهما) حرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك (والثاني) حرمة البهيمة فإن الحيوان يجب أحياءه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة ، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه استحسنه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فإذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله

ولنا أنه لا يجوز أنلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فإن

ذلك ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً من نفسه لنفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة قبل قول المودع إذا ادعى النفقة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقبل وإن اختلفا في قدر المدة فالقول قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك وإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق لأنه مأذون فيه عرفاً ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكماً وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه ففيه روايتان نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن (أحدهما) يرجع لأنه مأذون فيه عرفاً (والثانية) لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أنفق من غير إشراف مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع أيضاً وجهان وجهها ما ذكرنا ومتى

قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وانفاقه عليها أو اجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الانفاق عليها لأنه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهداده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك فإن لم يتقدر على الحاكم فأنفق عليها بمقتضاها بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجم بما أنفق رواية واحدة لأنه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه اذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفي الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين (احدهما) يرجع به لأنه مأذون فيه عرفا (والثانية) لا يرجع لأنه مفريط بترك استئذان الحاكم ، وإن أنفق من غير اشداد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومنى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلقها ولا تسقها لم يجوز له ترك علفها لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب احياءه لحق الله تعالى ، فإن علفها وسقاها كان كالتسمم الذي قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لأنه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم

علق البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان فيه لأن هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) فإن نهاه المالك عن علفها وسقيها لم يجوز له ترك علفها لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب احياءه لحق الله تعالى فإن علفها وسقاها فهو كما لو لم ينه وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لأنه تعدى بترك علفها أشبه ما إذا لم ينه وهو قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال فيصير أمر مالكم وسكوته سواء

ولنا أنه ممثّل قول صاحبها فلم يضمنها كما لو أمره بقتلها ففعل وكما لو قال لا تخرج الودعة وإن خفت عليها فيخاف عليها ولم يخرجها أو أمره بالقائها في نار وهذا يقتض مذكروه ونع ابن المنذر الحكم فيما اذا

ينبه وهذا قول ابن المنذر لهن رسول الله ﷺ عن اضاعة المال فيصير امر مالكا وسكرته سواء ولنا أنه مثل لامر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال انتلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بالقاتلها في نار أو بحر وبهذا ينتقض ما ذكره ومنع ابن المنذر الحكم فيما إذا أمره باتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأنيب أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تنويته ولأنها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك المالك المأذون فيه أشبه ما لو قال له لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها .

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (ولو كان في يده ودية فادعاهانفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه)
وجملته أن من كانت عنده ودية فادعاهانفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه لأن يده دليل ملكه فلو ادعاه لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف الآخر لأنه منكر لحقه فان حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه وكذلك لو أقر لثانيها بعد أن أقر بها الأول سلمت إلى الأول لأنه استحقها بإقراره وغرم قيمتها لثاني نص على هذا أحد وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه البين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال هي لأحدهما لأعرفه عينا فاعترفنا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه ، وإن ادعى معرفته فعليه بيمين واحدة أنه لا يعلم ذلك ، وقال أبو حنيفة يحلف بيمينين كما لو أنكر أنها لها
ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بهين المالك فكفاه بيمين واحدة كما لو ادعى بها فأقر بها لأحدهما وبفارق ما إذا أنكرهما لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له فهما دعويان فإن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه

أمره باتلافها فاتلفها ولا يصح لأنه نائب صاحبها فلم يغرم كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو الاثم أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تنويته ولأنها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه أشبه ما إذا نهاه عن اخراجها مع الخوف فلم يخرجها
﴿مسئلة﴾ (وان قال اترك الوديعة في جيبك فتركها في كمه ضمن)

لأنه ربما نسي فسقط الشيء من كمه وكذلك ان تركها في يده لأن الجيب أحرز وإن قال اتركها في كمك فتركها في جيبه لم يضمن لأن الجيب أحرز على ما ذكرنا وإن قال اتركها في كمك فتركها في يده احتمل وجهين أحدهما يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم (والثاني) لا يضمن لأن اليد لا ينسبط عليها الطرار بالبط بخلاف الكم ولأن كل واحد منهما أحرز من وجهه فتساويا ولم ينص الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من

وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى بصطالحا وهو قول ابن أبي ليلي لانه لا يعلم المالك منهما ، وللشافعي قول آخر أنها تنقسم بينهما كما لو أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلي وهو قول أبي حنيفة رصاحيه فيما حكى عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منها لانه فوت ما استودع بجهله

ولنا أنها تساوي في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بأحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح فإن العين لم تلف . ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يحول

(مسئله) قال (ومن أودع شيئاً فأخذ بمضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ) وجهله ان من أودع شيئاً فأخذ بمضه لزمه ضمان ما أخذ فان رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه اذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمة بالأخذ بدليل انه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمفصوب ، فأما سائر الوديعه فينظر فيه فان كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لانه هناك الحرز بفعل تعدي به ، وإن خرق الكيس فرق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هناك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وإن رد بدله وكان منه يزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الحرز ههنا أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فيختص الضمان به وخالط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديعه في الاخذ منها ولم يأمره برد

وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمره بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن كذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة والسك أحرز عند عدم المغالبة فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدّها في كمه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدّها في كمه لم يضمنها وإن تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها اذا سقطت ضمنها لانه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة الناس في حفظ أموالهم وإن شدّها على عضده لم يضمن لان ذلك احفظ لها وقال القاضي إن شدّها من جانب الجيب لم يضمنها وإن شدّها من الجانب الآخر ضمن لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما اذا شدّها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما اذا تركها في جيبه أو ربطها في كمه فان الطرار

بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي بضمن الكل وهو قول الشافعي لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقاً بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم السكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد في غيره ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحاً ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء استئمان وإن لم يردّها إليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان بريء من الضمان في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه بريء كما لو أبرأه من دين في ذمته، وإذا جدد له استئماناً فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا إذا رهن المفصوب عند الفاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الفصّب فهنا أولى

(فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزنها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه بمسك لها باذن مالِكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدّها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره

(فصل) ولا يصح الإبداء إلا من جائر التصرف فإن أودع طفل أو معتوه إنساناً وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم، فإن كان الصبي ممزاً صح إبداءه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها، فإن أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقم عليها كان ضمانه على عائلته

يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان حرزها باحفظ الحرزين مانعاً من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً لمثلها وشدها على المضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها في الكم وتركها في الحيب لكن لو أمره بشدها بما يلي الحيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها بما يلي الجانب الآخر فشدها بما يلي الحيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممثّل أمر مالِكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

(مسئلة) وإن أمره أن يجمعها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا ترم فوقها فخالفه أو قال لا تقفل

ولنا ان ماضنه باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبائع . ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه اياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه
(فصل) وان اودع عبداً وديعة خرج على الوجهين في الصغير ان قلنا لا يضمن العبي فأتلفها العبد كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته
(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكرام عذر لها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً

(باب قسمة الفبي والغنيمة والصدقة)

الفبي هو الراجم الى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال فاء الفبي اذا رجم نحو المشرق والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة في غنيمة وانما خص كل واحد منهما باسم يميز به عن الآخر، والاصل فيها قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) الآية

(مسألة) قال (والاموال ثلاثة في غنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الاموال التي تليها الولاية من أموال المسلمين فانها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين (أحدهما) الفبي وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فزعا من المسلمين وهربوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب اذا دخلوا اليها تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له . والغنيمة ما أخذ بالنهر والقتال من الكفار ، والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين

عليها الا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربه في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها أشبه مالونها عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحتمل على الجدي سرقتها والاحتياط لاخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره (فصل) وإن قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوماً فسرقها أحدهم ضمنها لانها ذهبت بتعديده ومخالفته وسواء سرقها حال ادخالهم او بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن (المغني والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء السابع)

- حتى بلغ - عليهم حكيم) ثم قال هذه طؤلا . ثم قرأ (واعدوا انما غنمتم من شيء فان الله خمسة - حتى بلغ وابن السبيل) ثم قال هذه طؤلا . ثم قرأ (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت آياتين الراعي وهو بسرو حير نصيبه منها لم يهرق به جبينه

(فصل) ولم تكن الفنائم تحمل لمن مضى من الامم وانما علم الله ضعفنا فطبعها لنا رحمة لنا وراقة بنا وكرامة لنبينا ﷺ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « أعطيت خمسة لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - أحلت لي الفنائم » منفق عليه وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لم تحمل الفنائم اقوام سود الروس غيركم ، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى (يستولونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للفنائم والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعدوا انما غنمتم من شيء فان الله خمسة) فأضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم فبدل ذلك على أن سائرها لهم وجرى ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه أبواؤهم الثلاثة) أضاف ميراث اليهما ثم جعل للام منه الثلث فدل على أن الباقي للاب وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحلها لهم

(مسألة) قال (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب الابل خاصة والايحاف أصله التحريك والمراد ههنا الحركة في السير اليه . قال قتادة فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ما قطعتم راديا ولا سيرتم اليها دابة انما كانت حوائط بني النضير أمدها الله رسول الله ﷺ قال ابو عبيد الايحاف الايضاع يعني الاسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله منهم

شيئا لا تلافيا ويحتمل ان يضمن لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها ولانها مخالفة توجب انضمام اذا كان سببا لا تلافيا فأوجبته وإن لم يكن سببا كما لو نهاه عن اخراجها فأخرجها لغير حاجة ، وإن قال ضم هذا الحاتم في الختصر فوضعه في البنصر لم يضمن لأنها أغاظ وأحفظ له الا أن لا يدخل فيها فيضمه في أغاظها العليا أو ينكسر لغلظها عليه فيضمنه في الموضعين لأن مخالفته سبب لتلفه

(مسألة) (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن)

نص على هذا أحمد وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها الى أجنبي

فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب / فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاب مثل الاموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيه وما أجاب عليه المسلمون وساروا اليه وقتلوه عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهلها بأمان فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل أهلها بالأمان فكانت غنيمة كلها

﴿مسألة﴾ قال (نخمس الفية والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (أحدها) أن الفية الخمس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي (والرواية الثانية) لا تخمس نقلاً عن أبي طالب فقال: إنما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بها قال الخرقى من أن الفية الخمس نصاً فاحكيه وإنما نص على أنه غير مخمس وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا يحفظ عن أحد قبل الشافعي في الفية خمس كخمس الغنيمة، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي ولأن الله تعالى قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - إلى قوله - والذين جاءوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال: هذه استوعبت المسلمين، ووجه الأول قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه ماؤلاً، وهم أهل الخمس، وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والأخبار وتعارض، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فإن خمسة الذي سمي في الآية وسائرهم ينصرف إلى من في الخبر كالفريسة ولأنه مال مشترك مظهر عليه فوجب أن يخمس كالفريسة والركاز وروى البراء بن عازب قال أقيمت خالي ومعه الراية قلت إلى أين؟ فقال بهتني رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله

(النصل الثاني) أن الفريسة مخموسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله، وقد نطق به

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الأجنبية فإن دفعها إليه لا يعد حفظاً منه

﴿مسألة﴾ (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن وليس للمالك مطالبة الأجنبي وقال القاضي له ذلك)

إذا دفع الوديعة إلى غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب إلا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله وقد ذكرناه في المسئلة قبلها وذكرنا الخلاف فيه، وقال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق متى دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عاين لأن عليه حفظها وأحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزها

الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمس منه) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القتال وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فان عمر رضي الله عنه قال كنا لا نخمس السلب وقول النبي ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نفل سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس. رواه سعيد في سننه. ومنها اذا قال الامام من جاء بعشرة رؤس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لانه في معنى السلب. ومنها اذا قال الامام من أخذ شيئاً فهو له وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لانه في معنى الذي قبله. والصحيح أن الخمس لا يسقط لانه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لان ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصاً بل نسخاً لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً. ومنها اذا دخل قوم لأمعة لهم دار الحرب بغير إذن الامام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس، والصحيح انه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه (الفصل الثالث) ان الخمس مما يجب خمسة من الفية والغنيمة شيء واحد في مصرفها وحكمها ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فان القائل بوجوب الخمس في الفية غير من قاله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فانه قال في الفية والغنيمة مجتمعان في ان فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الانفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) الآية. وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية. والمسمون في الآيتين شيء واحد.

(الفصل الرابع) ان الخمس يقسم على خمسة أسهم وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة : سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) ولرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فقد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهماً سادساً وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة، وقال أبو العالية سهم الله

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها فانه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره فان فعل قتلته عند الثاني مع علمه بالحال فله تضمين أيهما شاء لانهما متعديان، ويستقر ضمانها على الثاني لان التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن وإن لم يعلم الحال فله تضمين الاول، وليس الاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين لضمان عليه، وان أحب المالك تضمين الثاني فليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي لان أحمد ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً للضمان على الاول فلم يوجب ضماناً آخر، ويفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب. قال شيخنا ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه قبض مال غيره على وجه لم يسكن له قبضه ولم يأذن له مالكة فيضمينه

عز وجل هو انه اذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جمعه للكعبة فهو الذي سمي الله
لاتجعلوا له نصيباً فان الله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم ، وروي
عن الحسن وقتادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه
أبو بكر وعمر في سبيل الله ، وروي ابن عباس ان أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ونحوه حكى
عن الحسن بن محمد بن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: البتامة والمساكين
وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضاً ، وقال مالك الفيء والخمس
واحد يجعلان في بيت المال ، قال ابن القاسم وباعني عن أثق به ان مالكا قال يعطي الأمام أقرباء
رسول الله ﷺ على ما يرى ، وقال الثوري والحسن بضعة الامام حيث أراه الله عز وجل

ولنا قول الله تعالى (واءلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة ولرسول ولذي القربى واليتامى
والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد
ابن الحنفية وغيره قوله (فان لله خمسة) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه
تبركا به لا لافراده بسهم فان الله تعالى الدنيا والآخرة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان
رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأي ولا يقتضيه
قياس ولا بصار اليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثراً صحيحاً سوى قوله ، فلا
يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية ، وما قاله أبو حنيفة فمخالف
لظاهر الآية فان الله تعالى سمي لرسوله وقرابته شيئاً وجعل لها في الخمس حقاً كما سمي الثلاثة الاصناف
الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم
ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس
ومن وافقه أولى لموافقة كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى
فقال إنا كنا نزعم انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ، وأمله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر
وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان

كالقباض من الغاصب ، وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب
ولا ينفي وجوبه على القباض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان
ضمن الثاني رجع على الاول وهذا القول أقرب الى الصواب وما ذكرنا للقول الاول لأصل له ثم هو
منتقض بما اذا دفع الوديعة الى النسيان عارية أو هبة

﴿مسئلة﴾ (وان أراد سقراً أو خاف عليها عند ردها الى مالكها أو وكيه في قبضها ان قدر على ذلك)
ولم يحز له دفعها الى الحاكم ولا الى غيره لانه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فان فعل ضمنها
لانه دفعها الى غير مالكها بغير اذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الاولى

قول بعضهم بوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس بوافق الكتاب والسنة فإن جبير بن مطعم روى أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما كان يقسم لبني هاشم ولبنى المطلب ، وإن أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير أنه لم يكن يعطي قربي رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده رواه أحمد في مسنده وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر أنهما حملا على سهم ذي القربى في سبيل الله فقبل أنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلابي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل فإن قالوا قال النبي ﷺ ليس يباقي فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه إلى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ « ما يحمل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

﴿ مسألة ﴾ قال (وسهم لرسول الله ﷺ بصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي فإنه قال اختار أن يضعه الإمام في كل أمر خمس به الإسلام وأهله من سد ثغر واعداد كراع أو سلاح أو أعطائه أهل البلاد في الإسلام نفلاً عند الحرب وغير الحرب وهذا نحو ما قال الحنفي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الفريضة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بنية أصحاب الخمس لم يحضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء فلما توفي واهب أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على انصبا الباقين من أهل الخمس لأنهم شركاؤه ، وقال آخرون بل يرد على الفائزين لأنهم احتلوا بها بقتالهم وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حياً فإذا مات وجب رده إلى من وجد سبب الاستعداد فيه كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم

﴿ مسألة ﴾ (فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها)

إذا أراد السفر بها وقد نهى صاحبها عنه ضمنها لخالفته وإن لم ينهه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط في حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه سافر بها من غير ضرورة أشبه مالوكا السفر مخوفاً ولنا أنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمها كما لو نقلها إلى البلد ولأنه سافر بها سفر غير مخوف أشبه مالوكا لم يجد أحداً يدعها عنده . قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكا أو وكيله فيها بغير إذن فهو مفرط عليه الضمان لأنه يفوت على صاحبها مكان استرجاعها ومخاطرها فإن النبي صلى

بطلت الوصية رد إلى التركة وقالت طائفة هو لا خليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو الذي يقوم بها من بعده وقد رأيت أن أردّه على المسلمين » والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر قال : لا أدع أمرا رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته . متفق عليه ، وروى عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال اختاروا في هذين السهمين يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى فأجمع رأيهم على أن يحملوهما في الخيل والعدة في سبيل الله فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المقام الصفي وهو شيء يختاره من المقام قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم ان ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد الصفي انما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفا لهذا إلا أبا ثور فإنه قال إن كان الصفي ثابتا للنبي ﷺ فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله محمل سهم النبي من خمس الخس فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في إبقائه بعد موته ، قال ابن المنذر لأعلم أحدا سبق أبا ثور إلى هذا القول ، وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال « ما يحمل لي مما ألباه الله عليكم ولا مثل هذه الا الخس وهو مردود عليكم » رواه سعيد . ورواه أبو داود بإسناده عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان الله تعالى قال (واعلموا انما غنمتم من شيء . فإن لله خمسة) ففهموه أن باقية الغنائم

ولنا ما روى أبو داود بإسناده أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش « إنكم ان شردتم أن لا إله الا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخس من المقام وسهم الصفي انكم آمنون بآمان الله ورسوله » وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس وان يهبطوا سهم النبي ﷺ والصفي

الله عليه وسلم قال « المسافر وماله على قلت الا ما وفي الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجة فيختار ما فيه الحظ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح .

(مسألة) (فان لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن) لانه متبرع بما سلكها فلا يلزمه استدامته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته فان اودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له ، ويحتمل ان يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها واحب إلى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فاودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد انه

وقالت عائشة كانت صفة من الصفي . رواه أبو داود ، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثبت باجماع الامة قبل أبي ثور ويحده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ

(مسئلة) قال (وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين)

يعني بتوله في صلبية بني هاشم أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم . وفي هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام ، وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم فروي جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى فكتب ابن عباس إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا قال أحمد أما أذهب إلى أنه لقراة النبي ﷺ على ما قال ابن عباس هو لنا

(الفصل الثاني) أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم بدليل ما روى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خير بين بني هاشم وبني المطلب أنيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا يا رسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم فما بال اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركنا وإنا نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنا بنو هاشم وبنو المطلب شيء

يضمنها ثم تأول كلامه على انه اودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم (مسئلة) (فان تعذر ذلك اودعها ثقة اودفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار فان دفنها ولم يعلم بها أحداً أو أعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها)

اذا دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كابداعها عنده ، وان لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يامن ان يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وكذلك إن أعلم بها ثقة لا يده على المكان لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

(فصل) وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروجها عن يده

واحد وشبك بين أصابعه وفي رواية «أنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري
فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم وموافقتهم بني هاشم ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق
شيئا لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا وإنما دفع إلى أقارب أبيه ولو دفع
إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بني عماته
وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية وبني جحش

(الفصل الثالث) أنه يشترك فيه الذكر والانشى لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في
قسمته بينهم فمن أحد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الحرقى ومذهب الشافعي
لأنه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الانثى كالإيراث، ويفارق الوصية وميراث
ولد الام فإن الوصية استحققت بتول الموصي وميراث ولد الام استحق بقرابة الام والرواية الثانية
يسوي بين الذكر والانثى وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر
والانثى فيها سواء. فأشبهه ما لو أوصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الاب
وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة الموارث ولأنه سهم من خمس الخمس لجاءة ليستوي
فيه الذكر والانثى كإثرائهم وبسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في
القرابة فأشبهه الميراث.

(الفصل الرابع) أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار ويجب تعميمهم به حسب الامكان
وهذا قول الشافعي، وقال بعضهم يخص أهل كل ناحية بخمس مقرائها الذي ليس لهم مقرى سواء فما
يؤخذ من مقرى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مقرى الترك لمن في خراسان من ذوي
القربى لما يلحق من المشرق في نقله من المشرق إلى المغرب ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كإثرائهم
السم، ووجه الاول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالإيراث، فعلى

﴿مسئلة﴾ (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نعمها ولبس الثوب أو أخذ الوديعة ليستعملها أو
ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة ضمن لتعديده ولم يزل عنه الضمان بردها)

وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه أمسك لها بأذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي
ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدتها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره

﴿مسئلة﴾ (فإن جحدتها ثم أقر بها فتلفت ضمنها)

لأنه بجحدتها خرج عن الاستئمان عليها فلم يزل عنه الضمان بالاقرار بها لأن يده صارت يد عدوان
﴿مسئلة﴾ (فإن كسر ختم كيسها أو كانت مشدودة فحل الشد ضمن)

سواء أخرج منها شيئا أو لم يخرج لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به فإن خرق الكيس فوق
(المغني والشرح الكبير) (٣٩) (الجزء السابع)

هذا بيعت الامام إلى عماله في الاقاليم وينظركم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر يحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كاليراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يؤخذ في بعض الاقاليم فلولا ينقل لأدى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بيعت الامام عماله وسعاته فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جبة في الغزو ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، وعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

(الفصل الخامس) أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل لا حق فيه لغني قياسا له على بقية السهام

وانا عموم قوله تعالى (والذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولان النبي ﷺ كان يعطي اقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الامام أحمد في مسنده ان النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما وفرسه سهمين، وانما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة رها وال مال ، ولانه مال مستحق باقرابة فاستوى فيه الفني والفقير كاليراث والوصية للاقارب ، ولان عثمان وجبير أطلبا حقهما منه وسألا عن علة منعها ومنع قرابتهما وهما ومسران فعلاه النبي ﷺ بنصرة بني المطالب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ولو كان اليسار مائتا والفقير شرطا لم يطلبوا مع عدمه ولعل النبي ﷺ منعهما ليسارهما وانتفاء فقرهما

﴿ مسألة ﴾ قال (والخمس الثالث للبتامي)

وهم الذين لا آباء لهم ولم يلبفوا الحلم فان النبي ﷺ قال « لا يُنتم بعد احتلام » قال بعض أصحابنا لا يستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ولا به صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة ومن

الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الخرز وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم السكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيظه

وانا أنه هتك خرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

﴿ مسألة ﴾ (وان خلطها بما لا تتميز منه ضمنها)

إذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمائها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها مثل أن يخلط الدراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو غيره

كان اعطوا. لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فانهم استحقوا ان يربهم من رسول الله ﷺ تكريماً لهم، والغني والفقير في القرب سواء فاستوياني الاستحقاق وام أعلم هذا نصاً عن أحمد وعموم الآية يقتضي تعميمهم. وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر انه للغني والفقير عموم النص في كل يتم وقياً له على سهم ذي القربى، ولانه لو خص به الفقير لكان دخلاً في جملة المساكين الذين هم أصحاب الهم الرابع فكان ينبغي عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا وبفرق على الايتام في جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك المفزى والقول فيه كاقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه

(مسئلة) قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وانما يقع التمييز بينهما اذا جم بينهما بلفظين وام يرد ذلك الا في الزكاة، وسندكرهم في اصنافها، قال أصحابنا: ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك

(مسئلة) قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسندكره أيضاً في اصناف الصدقة ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله الى بلده لان دفعنا اليه لـل الحاجة فاعطى بقدرها، فان اجتمع في واحد اسباب كالمساكين اذا كان يتيم وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لانها اسباب لأحكام فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت فان اعطاه ليطمه فزال فقره لم يعط فقره شيئاً

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس النقي، لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لأنهم خلافاً بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لاحق لهم في النقي، وظاهر كلام أحمد والخري أن سائر الناس

وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن وحكي عن مالك لا يضمن الا أن تكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمنها كالمخلوط بدونها ولانه اذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فازمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر فان أمره بواجبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لانه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فاضاعت الدراهم فلا شيء عليه، فان أمره أحدها بخلط دراهمه ولم يأمره الا آخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى، وإن اختلطت هي بغير تقربط منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تقربطه وإن خلطها بغيره

لهم حق في الفتي ، غنيهم وفقيرهم ذكر أحمد الفتي ، فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الفتي والفقير وقال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين الا له في هذا المال نصيب الا العبيد فليس لهم فيه شيء ، وقرأ عمر (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاؤا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة وابن عثمت لأتبعين الراعي بسروهم نصيب منها لم يعرق فيها جبينه ، ولأنه مال مخروس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة

وذكر القاني ان أهل الفتي هم أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لان ذلك كان لفتي ﷺ في حياته لحصول النصر والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون اذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد انه بن الفتي والفقير يعني الفتي الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل ان يكون معنى كلامه ان لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف الى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينفعون بالعبور على القنابر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأهوار والطرق التي أصاحت به

وسباق كلامه يدل على أنه ليس مختصاً بالجند وانما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفايتهم فافضل قدم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها فالأصلحة والكراع وما يحتاج اليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقنابر واصلاح الطرق وكراء الأهوار وسد بثوقها وارزاق القضاة ولأئمة والوُذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع ، وللشافعي قولان كنعو مما ذكرناه . حنجزوا على أن أربعة أخماس الفتي كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أرس بن الحدثان قال : سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي بن عتبة في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم

فالضمان على من خلطها لان العدوان منه أشبه ما لو أتلغها

﴿مسئلة﴾ (وإن خلطها بتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن أما إذا خلطها بما تتميز منه مثل

ان خلط دراهم بدنانير لم يضمن)

لأنها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك الحكم إذا خلط بيضاً بسود وقد حكى عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً وبغير لونها فنقص قيمتها فان لم يكن فيه ضرر فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسقيها أو يعلقها لم يضمن لان ركبها لذلك مأذون فيه عرفاً وشرعاً لانه مأذون له في سقيها كما لو أذن له في علقها والعادة أن

الآية وهذا مبين في قول عمر وكان لرسول الله ﷺ خالصا ذون المسلمين

من يسقيها يركبها فالأذن في السقي اذن في الركوب المعتاد ولهذا لو قال لو كيله اسق الدابة فانه يفهم منه اركبها له
 (مسئلة) (وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده اختاره الحرقى وعنه يضمن الجميع
 وجهه ذلك أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديده فان رده أو مثله لم يزل
 عنه وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما
 أخذه ورده لم يضمن وإن أنفق ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بزمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول الا برده إلى صاحبه كالمغصوب، فأما سائر الوديعات فينظر فيه فان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بمئنه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وكذلك

واما ضرر بالجن والهزيمة وذلك أنهم استروا في سبب الاستحقاق وهو انتصابهم للجهاد فنصاروا كالفائزين ، والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض الى اجتهاد الامام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لان النبي ﷺ كان يعطي الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائمهم وهذا في معناه ، والمشهور عن عمر رضي الله عنه انه حين كثر عنده المال فرض المسلمين اعطيائهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف والأَنْصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف وفرض لأهل المدينة ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح الفين وقال بمن أبدأ ؟ قيل له بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقراءة رسول الله ﷺ فبدأ بني هاشم ثم بني المطالب لقول رسول الله ﷺ «انا بنو هاشم وبني المطالب شي واحد» ثم بني عبد شمس لانه أخوه هاشم لا أبوه ثم بني نوفل لانه أخوه لا يهاشم الأقرب فالأقرب ، قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر اعطيائهم ويحمل لكل قبيلة عريفا فقد روى الزهري أن رسول الله ﷺ عرف عام حنين على كل عشرة عريفا وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقراءة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لان فيهم أصحاب رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الأنصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون اليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكري الأنهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة

(فصل) قال القاضي ويعرف قدر حاجتهم يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤدنتهم في كفايته ، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤدنته ، وينظر في أسعارهم في بلدانهم لان أسعار البلدان تختلف

ان رد بدله متميزا لما ذكرنا وان لم يكن متميزا فظاهر كلام الخرقى أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فاختص الضمان به وخاطب الردود بغيره لا يقتضي ضمان الجميع لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه امكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل ، وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ، وان كانت الدراهم في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فان ردها

والفرض الكفاية ، ولهذا تعتبر القرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والغنى في الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لثلاثين ألفاً وخمسة آلاف ولا آخرين أربعة آلاف ولا آخرين ثلاثة آلاف ولا آخرين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون إلا لباغ يطبق مثله القتال ، ويكون عاقلاً حراً بصيراً صحيحاً ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضاً مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لأنه في حكم الصحيح لا ترى أنه لا يستنيب في الحج كالصحيح وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرّد نفسه للقتال لأنه يخاف على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد الهذلي .

لقد زاد الحياة إلي حبا بنائي ابن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بمدي وأن يشربن رثقا بعد صاف
وأن يعزبن أن كسي الجواري فيثنوا العين عن كرم عجاف
ولولا ذاك قدسوت مهري وفي الرحمن للضعفاء كاف

وإذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء

صاحبها إليه فهو ابتداء استئذان وإن لم يردّها إليه ولكن جدد له الاستئذان أو أبرأه من الضمان برىء في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته وإذا جدد له استئذاناً فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا إذا رهن المصنوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهنا أولى

(مسألة) (وإن أودعه صبي ودبعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه)

وجملة ذلك أنه لا يصح الإيداع إلا من جاز التصرف فإن أودع طفل أو معتوه المساناً ودبعة ضمنها بقبضها لأنه أخذ ماله بغير إذن شرعي أشبه ما لو غصبه ، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر في ماله ، فإن كان الصبي مميزاً صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالباغ بالنسبة إلى ذلك فإن خاف أنه إذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضمنه بأخذه لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو وجده في سيل فأخرجه منه

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة للرجال سهم ولل فارس ثلاثة أسهم الا ان يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للفائزين وقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسته) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لانه اضافها اليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم فبقي سائرهما لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه ولأمه الثلث) وقال عمر رضي الله عنه : الغنيمة لمن شهد الواقعة. وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للرجال سهمان ولل فارس ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفارسه متفق عليه ، وقال خالد الحذاء انه لا يختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهمان وللرجال سهمان ، والمهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية ، والمقرف عكس ذلك وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سائلة أفراس تحملها بغل
فان ولدت مهرا كريما فبالحري وان يك اقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرق بالمهجين هنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن البراذين اذا أدركت مثل العرب فاما مثل سهمها وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العرب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسئلة اختلاف كثير وأدلة على كل قول آخرنا ذكرها الى باب الجهاد فان المسئلة مذكرة فيه وهو أليق بها ان شاء الله تعالى

(مسئلة) قال (والصدقة لا يجاوز بها التمازية الا صنف التي سمى الله عز وجل)
يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين فيها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فربضة من الله والله عليم حكيم) وروي أن رجلا قال يا رسول

(مسئلة) (وان أودع الصبي أو المعتوه وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن فان أتلها أو أكلها ضمنها في قول القاضي)

وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على أتلها بدفعها اليه فلا يلزمه ، الا ترى أنه اذا دفع الى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلة ولنا أن ما ضمن باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبائع ولا يصح قولهم انه سلطه على أتلها وانما استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

(مسئلة) (وان أودع عبداً وديعة فأتلفها خرج على الوجهين في الصغير)
إذا تلفت الوديعة فان قلنا لا يضمن الصبي كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته

الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ « ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والتذورات والوصايا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الأصناف الاماروي عن عطاء والحسن أنهما قالوا ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والاول أصح وذلك لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما لم تحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه لانها مركبة من حرفي نفي وإثبات فجزأ مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله ، وقوله تعالى (انما أنت منذر) أي ما أنت إلا نذير ، وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعنق »

(مسألة) قال (الفقراء وهم الزماني والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفة الا أنهم لا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطاق بهما ، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسمين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الفنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل ان الله تعالى بدأ به وايماء بدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعي والاصمعي وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قول الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكينا ذا متربة) وهو المطروح على التراب أشدة حاجته وأنشدوا
أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له شئ
فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

(فصل) واذا اودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه في وقت امكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف ضمنه ولا نعلم خلافا في وجوب رد الوديعة على مالكها اذا طلبها فأمكن اداؤها اليه بغير ضرورة وقدام الله تعالى بذلك فقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقال رسول الله صلى الله عليه « أد الامانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولا تهاحق لما لكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم اداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال تلفت ضمنها لانه صار غاصبا لانه امسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم اشبه الغاصب فلما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها لبعدها او لخافة في طريقها او للمعجز عن حملها او غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكاف نفسا الاوسعها فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال امهلوني حتى اقضي صلاتي او آكل فاني جائع او أنام فاني ناعس أو يهضم عني الطعام فاني ممتليء امهل بقدر ذلك

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولأن النبي ﷺ قال « اللهم أحبني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرنني في زمرة المساكين » وكان يستعين من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعين من حالة أصلح منها ولأن الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي يرعب فقره ظهره فانتطم صاحبه قال الشاعر :

لما رأى لبد الفسور تطايرت رفع القوادم كالنقير الاعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انتطم صاحبه والمساكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا فأن نعت الله تعالى المساكين بكونه ذا منزلة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم وبجوز التعبير بالمساكين عن الفقير بتربية وبغير قرينة والشعر أيضا حجة لنا فأنه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبيل نصار فقيرا لا شيء له إذا تقرر هذا فالتعريف الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعه من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعه من كفايته ولا له من خدمه ودرهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزماني والمكائيف وهم العميان سموا بذلك لكف أبصارهم لأن هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعه من كفايتهم وربما لا يقدرون على شيء أصلا قل الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحجهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسئلون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعه من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فإزاد ، والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعه من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتسد به حاجته لأن المقصود دفعها واغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما حملها مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين لمنفعة مالها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمسك من اخذها ، فان سافر بها بغير إذن ربها ردها الى بلدها لانه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالتعصيب

(فصل) اذا مات الرجل وثبت ان عنده ودیعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تغرم من تركته فان كان عليه دين سواها فها سواء ان وفدت تركته بهما والا اقتسمها بالحصص وبه قال الشعبي والنخعي وداود وابن ابي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وابي جعفر محمد بن علي وروى عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث الكلي الدين قبل الامانة

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويقضى عن السؤال فان قيل فقد قال النبي ﷺ « ليس المسكين بالطواف الذي ترده القمة والقمةتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يظن له فيتصدق عليه » قلنا هذا تجرؤ وانما في المسكنة عنه مع وجودها فيه حثينة مباغة في اثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذي يغال نفسه عند الغضب » وقال « ماتعدون الرقوب فيكم ؟ » قالوا الذي لا يعيش له ولد نال « لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئا » وقال « ماتعدون المفلس فيكم ؟ » قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال « لا ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأطعم هذا وأخذ من عرض هذا فأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى اذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحته عليه ثم يصك له صك الى النار »

(فصل) ومن كان ذا مكسب يقضي به نفسه وعياله ان كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة ان لم يملك نصابا فله الاخذ منها لقول النبي ﷺ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولان هذا لا يملك نصابا ولا قيمته فجاز له الاخذ كالذي لا كفاية له

ولنا ما روي عبد الله بن عدي بن الحيار أن رجلا من أنبياء رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسأله شيئا منها فصعد بصره فيها وقال لها « ان ثمتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » رواه أبو داود ورواه الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودهما إسنادهما أجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قيل له فالحديث عن النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي » قال لا أعلم فيه شيئا يصح قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم لم يسم من أبي هريرة . والغنى يختلف فله غنى يوجب

ولنا انهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا اذا أقر المودع ان عندي وديعة أو علي وديعة لفلان ام ثبتت بينة انه مات وعنده وديعة فأما ان كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان (احدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لاضمان عليه لان الوديعة امانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحدا الوجهين لأصحاب الشافعي والاول ظاهر المذهب لان الاصل وجود الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو اذن في

الزكاة وغنى بمنع أخذها وغنى بمنع المسئلة ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج إليها والصدقة أوساخ الناس فلا تباح إلا عند الحاجة إليها وهذا المختلف فيه لا حاجة به إليها فلا تباح له
(فصل) وان كان الرجل صحيحاً جلدراً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم بقين كذبه ولا يحلفه لأن النبي ﷺ أعطى الرجلين الذين سألاه ولم يحلفها ، وفي بعض رواياته أنه قال أتينا النبي ﷺ فمأاناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه فرآنا جلدتين فقال « ان شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عذري لا يقبل قراء إلا بيينة لأن الأصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البيينة عليه وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له فإنه يدعي ما يوافق الأصل لأن الأصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البيينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا بيينة تشهد بأن ماله تلف أو فقد لما روي أن النبي ﷺ قال لا نحل المسئلة إلا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو سدادا من عيش « وهل يعتبر في البيينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي إلا ثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل قول اثنين لأن قولهما يقبل في الفقر بالنسبة إلى حقوق الآديبين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر إنما ورد في حل المسئلة فيقتصر عليه وإن لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لأن النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدتين ، فان رآه متجملا قبل قوله أيضا لأنه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (بحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة إلا يكون ممن لا نحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتاج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه إليه زكاة

دفعها إلى إنسان إذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واستحقاقه قال مالك إن كان دفعها إليه بغير بيينة وإن كان أودعه إياها بيينة لم يقبل قوله في الرد إلا بيينة وحكاها القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد

ولنا أنه أمين لا منقمة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بيينة كما لو أودع بغير بيينة وإن قال دفعتم إلى فلان بأمرك فأذكر مالها إلا أن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن أبي ليلى وقال مالك والثوري والعمري وأصحاب الرأي القول قول المالك لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتمى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه
(فصل) وإذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعيله فهو غني لا يعطى من الصدقة شيئا وإن لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

(مسئلة) قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويردّها ويحميها وكذلك الحاسب والكتاب والكيل والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعائنها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عما لهم فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورحلا من بني مخزوم وابن التبية وغيرهم وطلب منه ابنائه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثا فقالا يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصبب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس فأبى أن يبعثهما وقال «إن هذه الصدقة أوساخ الناس» وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمأثور وإيس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغا عاقلاً أميناً لأن ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا القاضي وذكر أبو الخطاب وغيره أنه لا يشترط اسلامه لأنه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا أنه ادعى دافعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالأذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فإن أقر بالقبض وكان الدفع في دين فقد بريء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا أن الدافع يضمن لسكونه قضي الدين بغير بينة ولا يجب اليقين على صاحب الوديعة لأن المودع مفترط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه ووديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله في التلق والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها وإن ادعى عليه خيانة أو تفرطاً فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم ذلك أشبه الوكيل

ولنا أنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجوز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولأن الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نهرانيا فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لأنها أجرة على عمل تجوز للمفني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

وأما حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « إنما هذه الصدقة أرساخ الناس وأنها لا تحمل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث أبي رافع أيضاً وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحمال والراعي فإنه يأخذ أجره لعله لا إعماله ، ولا يشترط كونه حراً لأن العبد يحصل منه المتصرد كالحر فجاز أن يكون عاملاً كالحر ، ولا كونه فقيهاً إذا كتب له ما يأخذه وحده كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيراً لأن الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجودهما فيها كما لا يشترط معناه فيها وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا تحمل الصدقة لفني إلا الخسة : أجاز في سبيل الله أو لعامل عليها ورجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الفني » رواه أبو داود . وذكر أصحاب الشافعي أنه يشترط الحرية لأن العمالة ولاية فتأفها الرق كالفضاء ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فإنه يجوز أن يكون إماماً في الصلاة ومفتياً وراوياً للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فأنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وصاحباؤه رضي الله عنهما

﴿ مسألة ﴾ (وان قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبتت بينة ثم ادعى الرد أو التلق لم يقبل قوله وان أقام بينة ويحتمل أن تقبل بينته)

إذا ادعى على رجل ودية فأنكر ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لا إنكاره الأول ومعتز على نفسه بالكذب المتنافي للأمانة وإن أقر صاحبها له بتلفها من حرزه قبل جحدتها فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بجحوده عن الأمانة فصار ضامناً كمن طوّل بالوديعة فامتنع من ردها وكذلك إن أقام بينة بتلفها بعد الجحود لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لأنه مكذب لها بانكاره الإيداع (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر التعامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جملا معلوما على عمله فاذا عمله استحق المشروط وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان عمر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت علمني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجره من بيت المال وان لم تلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فخرى مجرى علفها ومداواتها. وان رأى الامام اعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقا في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل وان تولي الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال »

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يولي جبايتها وتفرقتها فان النبي ﷺ ولي ابن التبية فقدم بصدقه على النبي ﷺ فقال هذا لكم وهذا أمدي إلي وقال تبيصة « أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فأمرك بها » وأمر معاذا أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم. وبروي أن زيادا ولي عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قبل له ابن المال قال أو للمال بعثني أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود، وعن أبي جحيفة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيم فأعطاني منها قلوفا. أخرجه الترمذي

« مسألة » قال (والمؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة انقطع شهرهم وهو أحد أئوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك ، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه قسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الخوز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتفي بامر متردد

« مسألة » (وان قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف) اذا قامت بينة بالابداع او اقر به المودع بعد قوله مالك عندي شيء أولا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لاشيء لما لكها عنده ولا يستحق عليه شيئا

(فصل) فان نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يضر ضمانا لانه لم

وقم المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكمه حنبل وأصل معنى قول أحمد انقطع حكمهم أي لا يحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لا يعطونهم اليوم شيئاً ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وقد قدم عليه ثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ثلاثين بهيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله وأطراحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة واعلمهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لانه قوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قلوبهم وعشائهم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيه على التقوى نيته في الاسلام وتقبل نفسه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطي صفوان بن أمية الامان واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطي النبي ﷺ العطايا قل صفوان مالي ؟ فأوما النبي ﷺ الى واد فيه ابل محملة فقال « هذا لك » فقال صفوان ان هذا عطاء من لا يخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غير دفعه ، وروي عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منهم ذوا وعابوا ، وأما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجى اسلام نظرائهم وحسن نياتهم فيجزوا اعطاؤهم لان ابا بكر أعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما واسلامهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قلوبهم يرجى بعطيته قوة إيمانهم ومناصحتهم في الجهاد

يحدث في الودعة قولاً ولا فعلاً فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمن لانه امسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التملك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل بها باخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كمسئلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لنقلها لم يضمنها ولنا انه تعدى باخراجها اشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

فانهم يعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والافرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يامعشر الانصار علام تأسون على لماعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم وروكنكم الى إيمانكم؟ »

وروى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناسا وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناسا وأدع ناسا والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي ، أعطي ناسا لما في قلوبهم من الجزع والهلهم وأكل ناسا الى ما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب ؟ وعن أنس قال حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجلا من قريش مائة من الابل فقال ناس من الانصار يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا ويمنعنا وسيرفنا تقطر من دماهم فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجلا حديثا عهد بكفر أنا لفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دنهوا عن بايهم من المسلمين
(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا لزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجرز الدفم اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية

مسئلة قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يجزئ ان يعان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومها إذا ثبت هذا فانه يدفع الى المكاتب جميع ما يحتاج اليه لوفاء كتابته فان لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء له يتم ما يتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتاباتة قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قبل حلول النجم لثلا يحل النجم ولا شيء معه فتفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا ببينة لان الاصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسألة ﴾ (وان مات المودع قاعدى وارثه التسليم لم يقبل الا ببينة) لان صاحبها لم يآتمنه عليها فلا يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فقبل قوله بغير بينة

﴿ مسألة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمها)

(الجزء السابع)

(٤١)

(المغني والشرح الكبير)

(أحدهما) : يقبل لان الحق في العبد لسيدده فاذا أقر بائتمال حقه عنه قبل . و (اثنائي) : لا يقبل لانه منهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز للسيد دفع زكاته الى مكانه لانه قد صار معه في باب المعاملة كالاجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالفرس يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لانها رجعت اليه بحكم الايفاء أشبه ايفاء الثريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعنته وأوصل الى المقصود الذي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذ المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل انه قال قال سفيان لا تعطى مكاتبا لك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أيعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطى مكانه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا قبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له

﴿مسئلة﴾ قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحسن والزهرى ومالك واسحاق وأبي عبيد والنعيرى وأبي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للفقير بل هو ظاهر فيه فان الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في في الكتابة والرواية الاخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الى المجاهدين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع اليه شيء . قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن اهابه اليوم ولانه يجر الولاء وفي موضع آخر قيل له فما يجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانها قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها في رقبة ويعين مكانها ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه لانه اذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة الى نفسه

لانه لا تفرط منه ولا تمد وان كان بعد الامكان فقلت ففيه وجهان (أحدهما) يضمها لتأخر ردها مع مكانه والاخر لا يضمها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله (فصل) اذا مات المودع وعنده ودعة معلومة بعينها فعلى وارثه تمسكين صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحد رجم عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع اذا باعتاقه من الزكاة

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فان فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بانه ولما أن نفق زكاته ما إلى أبيه فلم يجوز كما لو دفعها إليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجوز أن يحتسب له به عن الزكاة كمنفعة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجوز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما يجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبيده للتجارة لم يجوز لأن الواجب في تيممهم لا في عيهم

(فصل) ويجوز أن يشتري من زكاته أسيراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأمر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولأن فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤتلفة قلوبهم ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الفارم لفك رقبته من الدين .

(مسألة) (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يعنى يعتق به أيضاً ، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد الولاء للمعتق لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال المنبري يجعله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فلاؤه يرجع إليها ، ولأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الاعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق ، وقائدة من المعتق فلم يجوز أن يرجع إلى المزي لافضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء .

(فصل) ولا يعقل عنه اختياره الخلال وعن أحد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختيارها أبو بكر لأنه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانفع فيبقى على الأصل

يفعل ضمن كالمودع فإن لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امساكها قبل ان يعلم بها ربها لأنه لا يأتئهم عليها وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من اطارت الريح الى دأره ثوباً وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فان احرز ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كمالو كان وكبلا في العتق ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كمالو اختلف دينهما وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا اعتق من الزكاة

(مسئلة) قال (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفا ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وان المدينين العاجزين عن وفا ديونهم منهم لكن ان غرم في معصية مثل أن يشتري خمرأ أو يصرفه في زنا، أو قمار أو غنا، ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء، لانه أعانه على المعصية وان تاب فقال القاضي يدفع اليه واختاره ابن عقيل لان ابتداء الدين الذي في القدمة ليس من المعصية بل يجب تفريعها والاعانة على الواجب قرينة للمعصية فأشبهه من أنلف ماله في المعاصي حتى افتقر فانه يدفع اليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر لا يدفع اليه لانه استدانة للمعصية فلم يدفع اليه كما لو لم يتب ولانه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بان دينه يقضى بخلاف من أنلف ماله في المعاصي فانه يعطى لفقره لا لمعصيته

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس وإذا أخذها لقرمه صرفها إلى الفقراء، فلا يناله دناءة وسخا، وبمحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحمل لهم، ولان دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها إلى غارم له بما يقضي به غرمه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها (فصل) ومن الغارمين صنف يعطون مع الفني وهو غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحبين وأهل القريتين عداوة وضاغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسمى انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والاول وال فيسمى ذلك حمالة بنتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع باباحة المسئلة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قبيصة بن الحارث قال تحملت حمالة فأتيته النبي ﷺ وسألته فيها فقال أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها - ثم قال - يا قبيصة ان المسئلة لا تحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمك، ورجل أصابته جائحة فأجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب سدادا من عيش - أو - قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة الا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة وان وجد عليها مكتوب وديعة ام يكن حجة عليهم لجواز ان يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه او كان وديعة لموروثهم عند غيره او كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج ابيه ان لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك لجواز ان يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكي القاضي

من ذوي الحجي من قومه أقدم أصابت فلانا فاقه فحلت له المسئلة حتى يهيب سداد آمن عيش - أو - قواما من عيش وما سوى ذلك فهو سمعت يا كلاً صاحبها سمعتنا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحمل الصدقة لغني إلا خمسة » ذكر منها الغارم ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان ملئاً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لأنه قد سقط الغرم ، وإن استداز وأداها جاز له الأخذ لأن الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لأطفالنا ، والثائرة وأخذ الفتنه فجاز له الأخذ مع الغنى كالغازي والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمساكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطبق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى فإذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مدينا فيعطى دينه وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من القضاء لم يعط شيئاً .

(فصل) وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لأحمد رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأساً وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبهه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه قبل هو محتاج بخلاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال فقل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لأن الإمام ولاية عليه في إبقاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لم يقبل منه إلا بينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا بينة أيضاً لأن الأصل عدم الغرم وبرادة الدمة فإن صدقه الغريم فلي وجهين كالمكاتب إذا صدقه سيده

أبو الحسين إن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه أو مأ إليه أحد كما لو وجد في رزمانج أبيه ديناً على غيره بخط أبيه كان له أن يعمل على خطه ويحلف على استحقاقه بالخط فإذا وجد ديناً عليه كان أولى واحوط

(مسألة) (وإن ادعى الوديمة اثنان فاقربها لأحدهما فهي له مع يمينه) لأن يده دليل على ملكه بدليل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله وهم الفزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا المصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبتاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الفزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الفزوة قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدوا في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فاذا تقرر هذا فانهم يعطون وان كانوا أغنياء وبهذا قال مالك وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحبا لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا في الغارم لاصلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحمل له كسائر أصحاب السهمان ولان النبي ﷺ قال لمعاذ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصبا

ولنا قول النبي ﷺ «لا تحمل الصدقة لغني الا لحاجة لغاز في سبيل الله أو لدارم» وذكر بيتهم ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الاصناف كما لا يلزم وجود صفة الاصناف فيها ولان هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فأما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فاذا تقرر هذا فمن قال إنه يريد الفزوة قبل قوله لانه لا يمكن اقامة البيعة على بينته ويدفع اليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس ان كان فارسا وحولته ودرعه وثأته وسائر ما يحتاج اليه لفزوه وان كثر ذلك ويدفع اليه دفعا مراعى فان لم يغز رده لانه أخذه كذلك وان غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لاننا دفعنا اليه قدر الكفاية وأما ضيق على نفسه وان مضى الى الفزوة فرجع من الطريق أو لم يتم الفزوة والذي دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لان الذي أخذ لأجله لم يفعله كله (فصل) وأما يستحق هذا السهم الفزاة الذين لاحق لهم في الدواب وانما يتطوعون بالفزوة اذا نشطوا قال احمد ويعطى من الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لان الواجب ايتاء الزكاة فاذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة، وقال في موضع آخر ان دفع من الفرس ومن السيف فهو أعجب إلي، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضا

انه لو ادعاه لنفسه كان القول قوله فكذلك اذا اثر بها لغيره ويلزمه ان يحلف الآخر لانه منكر لحقه فان حلف بريء وان نكل لزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتهما عليه وكذلك لو اقر له بها بعد ان اقر بها الاول فانها تسلم الى الاول ويغرم قيمتها للثاني نص عليه احمد

مسئلة (وان اقر بها لهما جميعا فهي بينهما) ويلزمه العيمين لكل واحد منهما في نصفها وان قال لا اعرف

شترى الرجل من زكاة الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لودفها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشترى من الزكاة فرسا يصير حبسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيمة يصيرها في سبيل الله بل باطلا ولا يقفها على المجاهدين لانه لم يؤت الزكاة لاحد وهو أمور باتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لا يجوز أن يحمل نفسه صرفا لركابه كما لا يجوز أن يقضي بها دينه ، ومنى أخذ الفرس التي اشترى به له صار مصرفا لركابه ﴿مسئلة﴾ قل (ويعطى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اسحاق لما روي أن رجلا جهل فقة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقل لها النبي ﷺ « اركبها فان الحج في سبيل الله » وعن حماد رحمه الله رواية أخرى لا تصرف منها في الحج وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري والشافعي . ابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما ينصرف الى الجهاد فان كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد لا السير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك لان الظاهر ارادته به ولان الزكاة إنما تصرف الى أحد رجاين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لفضاء ديونهم او من يحتاج اليه المسلمون كالأهل والأقارب والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لا نفق المسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لان الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفعه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا ، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لان ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فان قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لتول النبي ﷺ « لا تحمل صدقة لغيري ولا لذي مرة سوي » وقال لا تحمل الصدقة لغيري الا لحاجة » ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ حاجته الحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره (والثاني) أن يأخذ حاجته الفرض ذكره ابو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وإبراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الحنفي لان السكك من سبيل الله ولان الفقير لا فرض عليه فالحاجة منه

صاحبها فاعترفا له بحجهه بيمين المستحق لها فلا يمين عليه وان ادعى معرفته لزمته يمين واحدة انه لا يعلم ذلك وقال ابو حنيفة يحلف يمينين كما لو انكرها

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بيمين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعىها فأقرها لاحدها ويفارق ما اذا انكرها لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف

كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها

(مسئلة) قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء اسمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أضاف دفع اليهما ما يحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبهه المختار

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل الذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر به به دون فعله ولانه لا يفهم من ابن السبيل إلا القريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت بالحاجة منتهى ما ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على القريب دون غيره وإنما يعطى وله اليسار في بلده لانه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعذور في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكرهه ابن السبيل لوجود الامرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه بالحاجة الى ذلك فتقدر بتدريه ، وتدفع اليه وان كان مومراً في بلده اذا كان محتاجاً في الحال لانه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعذور ، وان فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذ بالحاجة وقد حصل الغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يغزو وان كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى ، وان كان غارماً أخذ الفضل لفرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل محتاجاً يريد بقاء غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لان فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً اما قرينة كاللحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجارة ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه إعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعالها فان وعيلة الشيء جارية

أقرع بينهما وسلمت الى من تقع له القرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر انها تقسم بينهما كما لو أقربا لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكى عنهم قالوا ويضمن المودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بمجهله

مجرأه ، وان كان السفر للفرقة ففيه وجهان (أحدهما) يدفع إليه لأنه غير معصية (والثاني) لا يدفع إليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر . ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه أو جاز ذلك لجاز المنشئ . للسفر من بلده ولأن هذا السفر أن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وان كان حجاجاً فقيره أم منه ، وإذا لم يجوز الدفع في هذين ففي غيرها أولى وإنما ورد الشرع بالدفع إليه الرجوع إلى بلده لأنه أمر تدعى حاجته إليه ولا غنى به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به لأنه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا بينة ، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لأن الأصل عدمه معه وإن عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه للفقر إلا بينة كما لو ادعى إنسان المسكنة

(فصل) وجملة من يأخذ مع الفنى خمسة : العامل والمؤلف قلبه والغازي والغارم لأصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة : الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال : الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل (فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه ما لم يقب قان تاب احتمال جواز الدفع إليه لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبهه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركاً للمعصية وإقلاعا عنها كالحاق يريد الرجوع إلى أبيه والغارم من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليهما ويحتمل أن لا يدفع إليه لأن سبب ذلك المعصية فأشبهه الغارم في المعصية

(مسألة) قال (وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الاصناف وإن كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لأن الآية إنما سقت لبيان من يجوز الصرف إليه لا لا يجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها إلى صنف واحد فقال سبحانه (أن تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن نخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لما أذن حين بعثه إلى اليمن « أعلمهم أزعلهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنف واحد وقال النبي ﷺ لقبصة حين تحمل حالة « أقم

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدین إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث الا احدهما او كما لو أراد السفر باحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة لا يصح قان (المفني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء السابع)

ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر بك بها فذكر دفعها إلى صنف وهو من الفارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم إلى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود، وبعث إليه علي رضي الله عنه بذهبية في تربتها فقسمها بين المؤلفات قلوبهم وم صنف واحد، والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها إلى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانية عشر نفسا أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفسا من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمناء، والغالب تعذر وجودهم في الأقليم العظيم وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطائهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفسا لا وسعها) وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقات من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشتته نقل وما أهل إذ لا يجوز على أهل التوانر إهمال نقل مائدة الحاجة إلى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسئلة والكلام فيها فيما تقدم

(فصل) ويستحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فإن كان المتولي لتفريقها الساعي استحباب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنافي أسماهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقة عقيب جمع الصدقة، ويبدأ بإعطاء العامل لأنه يأخذ على طريق المفاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تم له من بيت المال ولأن ما يأخذ أجرا وقد قال النبي ﷺ «اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» ثم بلام فلاهم وأهمهم أشد حاجة، فإن كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطى الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك له ولأهله، وبه على المسكين ما تم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ففيه رواية أن أحدهما يعطيه ما تم به الكفاية والثانية لا يزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهما ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الفارم ما يقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والغاري يعطى ما يحتاج إليه لمؤنة غزوه، وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده وإن نقصت

العين لم تلف ولو تلف بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل .

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربهما فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهلها ويفرقها في الأهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطي من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير النادم أعطي بهما جميعاً فيعطى ما يقضي غرمه ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لفراته والفقراء استحق القريب الفقير سهمين

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يعطي من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ولا للولد وإن سفل ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزم مؤنته ولا للكافر ولا للملوك إلا أن يكونوا من العامة عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لاني وهو الذي يملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب. هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن إعادته هنا

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجر عماله فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيسقط سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الإمام أبو عبد الله رحمه الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمره من أخذها ومجرم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئاً ولا يتنعم بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تخطط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ «الحلال بين والحرام بين» وبين ذلك أمور مشبهات لا يطلعها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن واطم الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

﴿مسئلة﴾ (وان أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه) لأن قسمته ممكنة

بغير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه لا يجوز في غيبة الشريك إلا أن يحكم بها حاكم قاله القاضي

﴿مسئلة﴾ (وان غصبت الوديعة فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين) (أحدهما) له المطالبة بها لأنه

كالراية حول الحى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي ﷺ « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً فإنه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن يتنزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم حق فكيف أقول انها سحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطىكم من الحلال أكثر مما يعطىكم من الحرام ، وقال لا نسأل السلطان شيئاً فان أعطاك فخذ فان ساقى يت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام وروي عمر بن شبة البحتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي اص فأخذ ردائي ورداك ثم بدا له أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد علي ابن سيرين رداءه ؟ كنت أحب أن تكون أفعه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الإباحة والتحليل فان له جهات كثيرة من النفي ، والصدقة وغيرها

(فصل) قل أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس حين عنها النبي ﷺ وآله لدنائتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفاً وآخر أجازة السلطان بألف أيهما أحب إليك ؟ قال الجائزة وذلك لان الذي يربح عليه ألفاً لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبين الفاحش والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهراً أو أكره على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمها كالمودع أخذت من يده قهراً والله سبحانه وتعالى اعلم



بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت

(كتاب النكاح)

النكاح في التمرع هو عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوط ، جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوط ، مجاز في العقد تقول العرب انكحنا الفري فستري أي اضربنا فحل حمر الوحش أمه فستري ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

والصحيح ما قلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوط ، الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه يصح نفيه عن الوط فيقال هذا سفاح وايس نكاح وروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولان النكاح أحد اللفظين اللذين ينمقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي بفضي الى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان أمراً عريضاً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق اليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(كتاب النكاح)

النكاح في الشرع عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوط ، جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج استدلالاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوط ، مجاز في العقد تقول العرب أنكحنا الفري فستري أي اضربنا فحل حمر الوحش أمه فستري ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه قال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحها وأخرى على خال وعم تلهف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوط ، الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا) ما طاب لکم من النساء مثنى وثلاث ورباع (الاية وقوله) وأنکحوا الايامی منکم والصالحین من عبادکم وامائکم (وأما السنة فقول النبي ﷺ « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء » متفق عليه في أي وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ، واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابو بكر بن عبد العزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكى عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر

وانا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لکم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فبدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء. لانه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (اثنائي) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوازل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لانه يقال هذا سفاح وليس بنكاح وروي عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ولان النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لشهرته كسائر الاسماء العرفية.

(فصل) والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا ما طاب لکم من النساء) وقوله (وأنکحوا الايامی منکم والصالحین من عبادکم) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » متفق عليه وقال عليه السلام « اني أزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصمنا متفق عليه والتبتل ترك النكاح . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعلهم . قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لأقوان لك ما قال عمر لأبي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . وقال من دعاك الى غير الزوج ففقد دعاك الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره .

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله (وسيداً وحسوراً) والحضور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله رخصها عليه ، وقال ﷺ « ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد بن عبد الله النخعي على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا . متفق عليها . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا بالعبادة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاره بكم الائم يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقرب الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر : ولان النبي ﷺ تزوج وبألف في العدد وفعل ذلك

(مسئلة) (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

(مسئلة) (والاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه موافقة

المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه موافقة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصرها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوماً لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لأقوان لك ما قال عمر لأبي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء ومن دعا الى غير الزوج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدهما على نفل العبادة بمجموعها أولى

وقد روينا في أخبار المتقدمين أن قوما ذكروا للنبي لهم فضل عابد لهم فقال أما انه لتارك لشيء من السنة فباغ العابد فأتى النبي فسأله عن ذلك فقال انك تركت التزوج فقال يا نبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرايت لو ترك الناس كلهم التزوج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها

(القسم الثالث) من لاشهوة له إلا لانه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح بمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه وبمرض نفسه لو اجبات وحقوق الله لا يتمكن من القيام بها ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والاخبار تعمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه وقال ويأتي الرجل أن يتزوج فان كان عنده ما ينفق أنفق وان لم يكن عنده صبر

يحيى عليه السلام بقوله تعالى (وسيداً وحسوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه عند معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كاليص

ولما ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحشما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكنى أصوم وأفطر وأزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالبلاء وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثركم بالامم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي افضل لانعكست الاحكام ولان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى ، ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء، وإن النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري : قال أحمد في رجل قليل الكسب يضيف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحسن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه . وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (واستغفركم الذين لا يجدون نكاحا حتى يغفركم الله من فضله)

(مسئلة) قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تلك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل غير وليها في تزويجها فان نعمات لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن ومهر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وأثروري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد . وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان نعمات كان موقوفا على اجازته

وقال أبو حنيفة لما أن تزوج نفها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف للنكاح اليهن ونهى عن منعهن منه ولانه خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجح احدها على نقل العبادة فجمعوها اولى وقد روي في اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا انبي لهم فضل عابد لهم فقال اما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأي النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها (القسم الثالث) من لاشهوة له اما لانه لاشهوة له كالعينين او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التخلي انه افضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضربها بحبسها عن نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشغل عن العام والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والمأجزة عنه فانه قال ينبغي للرجل

(الجزء السابع)

(٤٣)

(المغني والشرح الكبير)

المباشرة فصح منها كييع أمها ولأنها إذا ملكت بيع أمها وهو تصرف في رقبته أو ما أثر منافعتها في النكاح الذي هو عقد على بعض منافعتها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة، أبو موسى وابن عباس، قال المروذي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « إيا امرأة نكحت نفسها بغير إذن وإياها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره، قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عتبة كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثقة عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان. قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا نليه كالصغيرة وأما الآية فان أعضائها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وبطل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضاف إليها لانها محل له. اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد، وعن أحمد لها تزويج أختها وهذا يدل على صحة عيانتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وإياها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « إيا امرأة زوجت نفسها بغير إذن

ان يتزوج فان كان عنده ما ينفق انفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشركان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء ويمسي وما عندهم شيء ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرج البخاري قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال الله يرزقهم، التزويج احسن له ربما أتى عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج فاما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (واستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله)

﴿مسئلة﴾ (وعن أحمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره أبو بكر عبد العزيز وحكاه عن أحمد وحكي عن أحمد انه يجب في العمر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه أعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة (وقال مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح والله أعلم

وليها فنكاحها باطل « ففهو به صحته باذنه ، ولان المرأة انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا اذن فيه وليها والصحيح الاول لعموم قوله « لانكاح الا بولي » وهذا يقدم على دلائل الخطاب والتخصيص « هنا خرج مخرج الغالب فان الغالب انما لا تزوج نفسها الا بغير اذن وايها والملة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشهر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال اهل الصيانة والمروءة والله أعلم

(نصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقد حاكم لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج الثاني في هذا وجهها خاصة أنه ينتقض ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصا والاوّل أولى ، لانها مسألة مختلفة فيها وبسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجبار وهذا النص متاؤل وفي صحته كلام وقد عارضه طاوهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن احمد ، وروي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن احمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبدالله بن ادريس وعبدالرحمن بن مهدي وبزید بن هارون والعمري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لانكاح الا برلي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب تخير ذات الدين الولد البكر الحسية الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تنكح المرأة لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك « متفق عليه والاوّل ان لا يزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرر لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولد لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأني مكثت بكم الامم يوم القيامة رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لاتلد أفأتزوجها؟ فهاه ثم اناه اثنانية فهاه ثم اناه الثالثة فقال « تزوجوا الولود الودود فاني مكثت بكم » رواه النسائي وعن علي بن الحسين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الا طجم فالتسوا اولادهن فان في ارحامهن البركة » قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أتزوجت يا جابر؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا » قال قلت بل ثيبا قال « فملا بكر انلاعبها وتلاعبك » متفق عليه وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عليكم بالابكار فانهن اعذب افواها وانقى ارحاما وارضى باليسير »

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفيّة ابنة حي فتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ماندرى أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حجها فعلوا أنه تزوجها متفق عليه ، قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب ؛ وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة بالنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الأولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الحلال بإسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجهده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

(الفصل الثالث) أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك منياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

وفي رواية « وافتح أرحاما » رواه الإمام أحمد ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهلها ونزع البهم وكان يقال إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أيها وأخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وانكحوا إلا كفاء وانكحوا إليهم » ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لا تضووا يعني انكحوا الغراب كي لا تضعف أولادكم وقيل الغراب أنجب وبنات العم أصبر ولأنه لا يؤمن العداوة في النكاح وإفضاءه إلى الطلاق وإذا كان في قرابة أفضى إلى قطيعة الرحم الأمور بصلتها ويختار الجميلة لأنه أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروي عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لبة فليست بحسنة » وعن أبي هريرة قال قيل يا رسول الله أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخافه في نفسها ولا في ماله بما يكره » رواه الإمام أحمد والنسائي وعن يحيى بن جمدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خير فائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد ويختار ذات العقل ويحجب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي معها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها صباغ وصحبها بلاء

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القري والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يطر فسه فان تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهراً وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل فتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط راس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطاً لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكاً في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وإن حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحاً بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح بأقرارهما

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

﴿مسألة﴾ (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه له النظر إلى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها خلافاً لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» فخطبت امرأة فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها رواه أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولأن النكاح عقد يقتضي التملك فكان للعاقدة النظر إلى المعقود عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر إليها باذنها وغير اذنها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أنجباً لها وفي حديث المغيرة ابن شعبه أنه استأذن أبوها في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد ولا تجوز الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة الواقعة المحظورة قال النبي ﷺ «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظر تالذ وشهوة ولا لرؤية قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر إليها وتأمل محاسنها لأن المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال وبحضرة الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهم كالحود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لان وجوده كعدم ولا ينعقد بشهادة أصميين لأنهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع التزوية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان (أحدهما) ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعدم قوله «الابن لي وشاهدي عدل» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانهقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد بشهادتهما لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) وينعقد بشهادة عيدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريبن وللشافعية وجهان في ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الاعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراها وإلا فلا (فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها انبر من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو جمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولان النظر أيسر للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجه انسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي راثياً له قال الله تعالى (وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يباح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبداً روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ماعداه على التحريم والثانية له النظر الى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالباً اذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً

نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه ، نص عليه أحد ، وقال الشافعي : لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منقذ أشبه النكاح في العدة .

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير تفريق يفضي الى تسليط زوجين عليها ، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضاً ولم يحز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحها ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام « فلها المهر بما استعمل من فرجها وإن تكرر الوطء فلهن واحد للحديث ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلاً ، أرما اليه أحد فانه قال في العبد : يتزوج بغير اذن سيده يعطي شيئاً . قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الحنفي لقوله : اذا زوج الوايان فالنكاح الاول منهما فان دخل بها الثاني فلها مهر مثلاً وهذا مذهب الشافعي . والمنصوص عن أحد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة « ولها الذي أعطاهما بما أصاب منها »

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الحلال باسناديهما وقل أبو حنيفة الواجب لاقبل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلاً فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه غير عقد صحيح

فأيسح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة ايسح له النظر اليها من الشارع فأيسح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صفراً فقالوا له إنما ردك فعاوده فقال ارسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقها فنالت ارسل لولا انك أمير المؤمنين للظمت عينك

﴿ مسألة ﴾ (وله النظر الى ذلك وإلى الرأس والساقين من الامة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لا ينظر من ذوات محارمه الا الى الوجه والكفين) يجوز له النظر الى ذلك من الامة المستامة كما يجوز الى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الامة المستامة أولى لانها تراءد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن الى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما لا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة أيه وصدرها قال لا ما يسجني ثم قال انا أكره أن ينظر من امه واخته الى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع المرأة والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحد النظر الى ساق امه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء. واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها، والمنصرص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولا حد في الوطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمة، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلاولي اذا اعتقد حرمة، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ان الزانية هي التي تزوج نفسها» وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشافعي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لانه يدعو الى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته أو الى عنقها قال لا ولا كرامة وقال لودخلت على امي لقلت أيتها المعجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر الى ما يظهر غالبا لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بن سهيل يارسول الله انا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواء مسلم بمعناه وأبو دواد وهذا دليل على انه كان ينظر منها الى ما يظهر غالبا فانها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولدا ثم دلهم النبي ﷺ على ما يستدعون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ بعمض قرون رأسي ويقول أقبل علي ولان التحرز من هذا لا يمكن فأيسح كالوجه وما لا يظهر غالبا

رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح

ولنا أن هذا يختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه مماها بذلك بمجرد العقد وهو جلد هما أدبا وتزويراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فإن علياً أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدأ، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو مفارق لمثلنا بدليل أنا نحمد من اعتقد حله ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفوق على تحريمه وهذا يختلف فيه يعني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا، فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس عليه أثم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمة ثم وأدب وإن أنت بولد منه لحقه نسبه في الحالين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوي الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة إليه ونجب العدة بالخلو فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطاً لها. ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا يحصل به الإباحة للمزوج ولا يحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر إليه كما تحسب السرة (فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «أيذني له فإنه عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله آباء بمولتهن كما ذكر آباءهن وابناءهن في إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم المرأة وبنتها لأنها غير مذكورتين في الآية قال القاضي إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروزي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي سرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر إليهن وإن حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب

﴿مسئلة﴾ قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لان الامة لا ولاية لابيها عليها وانما وايها تبديها بغير خلاف علمناه ،
وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبرها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن
أبي حنيفة ، وقال مالك والزهري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة
لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيا ولهذا يرث بـلا ، أبيه دون جده

ولنا أن الولد موهوب لابيها قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك
ذرية طيبة) وقال (هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر امعايل
واسحاق) وقال ﷺ « أنت ومالك لأبيك » واثبت ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس
ولان الاب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب بلى ولده
في صفه وصفه وجنونه فيليه في سائر مائت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص
بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولان الولاية
احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث نانه لا يعتبر به النظر ولهذا يرث الصبي
والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ قال (تم أبوه وان علا)

يعنى أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول
الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يقد اباحة النظر كالمحرمه باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وامها ليست من ذوات محارمه
وكذلك الكافر ليس بمحرم لقربته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها
ليس هو محرماً لما في السفر اما النظر فلا يجب عاينها الحجاب منه لأن أبا سفيان أنى المدينة وهو مشرك
فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها
به رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿مسئلة﴾ (وللعبد النظر اليها من مولاته)

يعني الى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيما نهن) ولما روت ام سلمة أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم « قال اذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث
حسن صحيح ، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا
قنعت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما تلقى قال « انه ليس عليك بأس انما هو أبوك ورواه أبو داود وأما النظر الى شعرها فكرهه أبو غلامك »

وعن أحمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببنة والبنوة مقدمة، وعن أحمد ان الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالنعصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالاخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالاخوين

ولما أن الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كلاب ولان الابن والاخ يقادان بها وبقطمان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالاب والاخ يسقط به وبالباب وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات. إذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقربهم وأحقهم في الميراث.

(مسئلة) قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجعلته أنه متى عدم الاب وآبائه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها ولما ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها أرسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فنالت يارسول الله ايس أحد من أوليائي شاهد قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب بكره ذلك » فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن، واباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبرين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولانه يشق التحرز منه فايصح له ذلك كذوى المحارم وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ولغير أولى الاربة من الرجال كالكبير والعنين ونحوهما النظر الى ذلك وعنه لا يباح) من لا شهوة له من الرجال كالخنث ومن ذهبت شهوته لكبر أو غنة أو مرض لا يرجي برؤه والشيخ الحنفي فحكمه حكم ذي المحرم في النظر لقول الله تعالى (والتابعين غير أولى الاربة من الرجال) أي غير أولى الحاجة الى النساء قاله ابن عباس وعنه هو الخنث الذي لا يقوم اربه وعن مجاهد وقادة الذي لا ارب له في النساء، فان كان الخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره، لان عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الاربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذا أدبرت أدبرت بثان فقال « لا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلان عليكم هذا » فحجبه رواه أبو داود

قم يا عمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحدث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها ثبت له ولاية تزويجها كأخيها، وقولهم ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً. إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصياً وقد استويا في عدم الابلاد

﴿مسئلة﴾ قال (ثم أخوها لأبيها وأُمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الاب وأقوام تعصياً وأحقهم بالميراث

﴿مسئلة﴾ قال (والاخ للاب مثله)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابوين والاب إذا اجتمعا فالشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العصبوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنا يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالعَمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث شدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنعمة والنظر والعقل، فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفتن لامور النساء فهو من غير أولى الاربة الذين لم يبيح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك الخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه، وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنبي فلم يبيح له ذلك كالذي له ارب

﴿مسئلة﴾ (وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

تكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون المعجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

﴿مسئلة﴾ (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من العورة وغيرها فإنه

موضع حاجة وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الاولى وهكذا الخلاف في بنى الاخوة والاعمام وبنينهم، فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لانه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تنديم ولد الابوين .

(مسألة) قال (ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدتها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وان نزات درجاتهم، وأولى ولد كل أب اقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشقاهم . ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

مؤزرم وعن عثمان أنه أتني بسلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤزره » فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه
(مسألة) (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في إحدى الروايتين)

لان الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) وقال (اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قباهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره قال أبو عبد الله . حجج أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) قيل لا يبي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين
(مسألة) (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وعنه أنه كالأجنبي لانه في معنى البالغ في الشهوة وهو المعنى المقتضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فأما الغلام الطفل غير المميز فلا يجب الاستتار منه في شيء .

(فصل) ولا ولاية لأقرب العصباء من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أب الأم ونحوهم نص عليه أحد في مواضع وهو قول الشافعي وأحدى الروايتين عن أبي حنيفة (والثانية) أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصبائها ولنا ما روي عن علي أنه قال إذا بلغ النساء نص الحقة اتفق فالعصبة أولى إذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصبائها فأشبهه الأجنيبي

(مسئلة) قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف نعلمه في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبية من نسبها أن مولاهما بزوجه ، ولا في أن عصبية المناسب أولى منه وذلك لانه عصبية مولاته يرثها ويمقل عنها عند عدم عصبائها فلذلك يزوجهما وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصبائه الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصبائه من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتقد وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتقد فرجع به الى الاصل

(مسئلة) قال (ثم السلطان)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن السلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

(مسئلة) (وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بعورة وفيها روايتان (أحدهما) ما بين السرة والركبة والآخرى الفرجان وقد ذكرناهما في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرء وذوي اللحية الا أن الامرء إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يحز تعدد النظر اليه، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرء ظاهر الوضوء فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره رواه أبو حفص، قال المروزي سمعت أبا بكر الأعمش يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى الى أبي عبد الله فحدثه فلما قنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك؟ قال ابن أختي قال: إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمضي معك في طريق. فأما الغلام قبل السبع فلا عورة له يحرم انظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل استه « رواه أبو حفص

يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والأصل فيه قول النبي ﷺ « قال السلطان ولي من لا ولي له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل أنه بلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كلاب (فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه والي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة إذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الادب والجنابة . وقال مالك والي ولاية إنما هو القاضي . وتناول القاضي الرواية الاولى على أن والي أذن له في التزويج ، ويحتمل أنه جعل ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) وإذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج والاحكام فكذلك في هذا (فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبهه الاجنبي ، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسعود أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان ، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر ، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فاذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو نسأهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أطاذك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت اسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أفأصاها؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كما سلم مع الذمي ولان الحجاب اما أن يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو نسأهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء (مسئلة) (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح)

عن تميم الداري انه قال : يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال « هو أولى الناس بحياه ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فان لم يوجد المرأة ولي ولا ذوساطان فمن أحمد ما يدل على انه يزوجه رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية بزواج من ولي لها اذا احتاط لها في الكف والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي منصوص أحمد ينعم من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والسايطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا ينعم النكاح بالكفاية فلم يجوز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها ، وروي أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعدم الاخبار فيه

(مسئلة) قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أباران في تزويجه بمجونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالأذن فلم يجوز التوكيل له كالوكيل

ولنا انه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم انه يلي بالأذن فان ولايته ثبته قبل

وهذه إحدى الروايتين والأخرى لا يباح لها النظر من الرجل إلا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نيهان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم وأنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجب مني » فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعميا وان أنها لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بنض أبصارهن كما أمر الرجال به ولأنهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال بحقيقته أن المعنى المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعشى تضعين ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلبون في المسجد متفق عليهما ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة، ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نيهان فقال أحمد نيهان روي حديثين عجيبين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأتبعه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستنوب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لناائبها من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفواً فزوجها اياها ولو بشراك نعل فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقاً كاذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المحبر التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بحضور شاهدين لانه يراد حل الوطء فانقر الى الشهادة كالتنكاح

ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح ويطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري

الحديث والآخر « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المخالفين للاصول وقال ابن عبد البر . نبهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأرم قلت لابي عبد الله كان حديث نبهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لأنها تدعوها الى الفتنه وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد ممن ذكرنا لشهوة لما ذكرنا من خوف الفتنه)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله اعلم

(مسألة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع امته) لما روى بهزبن حكيم قال قلت يا رسول الله عوراتنا تأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(فصل) ويثبت للوكيل ما ثبت للموكل وإن كان للولي الاجبار ثبت ذلك لو كيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لانه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم ياذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى انها تستفاد بها وهو اختيار الخرقى لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحماد بن أبي سلمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشافعي والنخعي والحارث العكلي وابو حنيفة والشافعي وابن المنذر لانها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لا ضرر على الوصي في تضيقها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالاجني ولانها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال ابو عبدالله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولما أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصيته بها كولاية المال ولانه يجوز أن يتسبب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يتسبب فيها كولاية المال وما ذكره يبطال بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية اليه في المال لانها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الاخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالاب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج الى اذنها

زوجتك أو مملكت بينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولا فرق بين الفرج وغيره لعموم الحديث ولان الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه بكفية البدن وقيل يكره النظر الى الفرج لقول عائشة ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه مني قال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق. فلا بأس به قلت تخرج من الدار الى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها مرخص في ذلك

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا وسواء في ذلك سريره وغيرها لانه يباح له الاستمتاع بجميع بدنهما فأباح له النظر اليه فأما ان زوج امته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لما روى عمر وبن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا زوج احدكم خادمه عبده أو اجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة» رواه ابو داود ومفهومه اباحة النظر الى ما عداها واما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه فانها قد صارت مباحة للزوج ولا تملك امرأة لرجلين فان وطئها أمم وعليه التعزير لانه فعل محرما فان أولدها فقال أحمد لا يلحقه

فوصيه كذلك لانه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال ملاك ان عين الاب الزوج ملاك الوصي اجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وان لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا اذنت جاز أن يزوجهها باذنها

ولنا أن من ملك التزويج اذا عين له الزوج ملاك مع الاطلاق كالوكيل ومنه زوج وكيل الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

« مسألة » قال (واذا كان الاقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها

الابد من عصبتها) .

وجهة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالأعدم فثبتت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سميننا ستة شروط : العقل والحرية والاسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لان الولاية انما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه غيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله بجنون أو كبير كالشيخ اذا أُنند .

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف اكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له فأما الاغناء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء

نسبه لانها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالأجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم امهات الاولاد انه يلحقه النسب لانه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك اشبه وطء الجارية المرهونة

(فصل) واما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر الى جميعها في ظاهر كلام احمد فانه قال لا يأكل مع مطلقته هو اجنبي لا يحل له ان ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رقاق فأعرض عنها وقال يا أسماء « ان المرأة اذا بلغت الحيض لم تصلح ان يرى منها الا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعاً فاسئلهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لاحد اكن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يحسن في الاحيان لم نزل ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالاغما.
(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه
فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجه العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها
قد مضى الكلام في هذه المسئلة

(الشرط الثالث) الاسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة اهل العلم أيضاً ،
قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من اهل العلم على هذا قال أحمد بلغنا أن علياً أجاز نكاح الاخ
ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة
قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى

(الشرط الخامس) البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتمل لبس له
أمر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد
رواية أخرى انه اذا بلغ عشرأ زوج وتزوج وطاق وأجهزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام
الحنفي لتخصيصه المصلوب الولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته في طلاقه فثبت له الولاية
كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يصير لها كمال الحال لانها تنقيد بالتصرف
في حق غيره اعتبرت نظراً له والهي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمراة

(الشرط السادس) العدالة في كونها شرطاً روايتان (احدهما) هي شرط قال أحمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الختمية تستفتيه وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله وسلم وجهه عنها، وعن
جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني أن أصرف بصري
حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تتبع النظرة النظرة
فإنما لك الاولى وليس لك الآخرة» رواها أبو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها
دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما
حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل زول الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما المعجوزات لا تشتهى فلا بأس بالنظر الى ما يظهر منها غالباً بقول الله تعالى (والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم-
وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) نسخ واستثنى من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لا يرجون
نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي
الله عنه رأى أمة متكئة فضربها بالدرة وقال بالكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص اسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجهمدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه افسد النكاح لانتفاء عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، قال ابن عباس قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولاها ولاية نظرية فلا يستبدتها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد بن النكاح شيء . وهذا ظاهر كلام الحنفي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قول الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فنثبت له الولاية على غيره كالمعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالمعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الإشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم نثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكياله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكاله

عمر كان لا بدع امة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطاء لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وإن الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بمورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرية والامة لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة الخوفة يستوي فيها الحرية والامة فان الحرية لا تؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وإن لم يفترقا فيما ذكرناه افتراقاً في الحرمة ومشقة السير لكن ان كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الغلام الذي لم تخش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلابل

(فصل) والطفلة التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لأنها ولاية وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناصبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناصبه غيره بالتوكيل أولى ، وبمحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالأيجاب ربما يحتمل جواز توكيل من ذكر نافه لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة

﴿مسئلة﴾ قال (ويزوج أمة المرأة باذنها من زوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها والي سيادتها قال القافي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنت في حقها لتصورها فتثبت لوليائها كولاية نفسها ولأنهم يولونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ثم إن كانت سيدها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا باذنها لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرًا لأن صلتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحبائنها ولا تستحي من تزويج أمتها ، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولوليائها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لأن فيه تقريرًا بمال الصغيرة لأنها رءساء فتاقت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج هاهنا فيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات

ياخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فإن كان يجرد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الإحراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مع كل جرس شيطان» فأما إذا بلغت حدًا يصلح للنكاح فإن عورها مخالفة لعورة البائنة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت نلي ابنة أخي فدخل علي النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر الأوجها وما دون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضتيه وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها احتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولا التعريض بخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرحوع لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمردوم وان كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه هو المتصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن للمرأة أن تولي امرأتها رجلاً يزوجها نقلها عن أحد جماعة لان سبب الولاية المالك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المناشزة لنقص الانوثة فملك التوكيل كالرجل المريض والغائب ونقل عن أحد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها، وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لانها مالكة لها وولايتها نامة عليها فملك تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها وإيجارها فملك تزويجها كسيدها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لفظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر زوجها لان النساء لا يمقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال «لا تنكح المرأة المرأة» وقالت عائشة رضي الله عنها زوجها فان النساء لا يزوجن واءقدوا فان النساء لا يمقدن ولان المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى.

(مسئلة) قال (يزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلاً لانها عصبتها

أما التصريح بخطبة المعتدة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيها عرضم به من خطبة النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(مسئلة) (فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعريض لخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه)

(مسئلة) (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المعتدات على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المعتدة من وفاة او طلاق ثلاث أو فسح لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع او لمان ونحوه مما لا يحل بمدة زوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها الآية ولما روت فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً «إذا حملت فأذني» وفي لفظ «لا تسبقين بنفسك» وهذا تعريض لخطبتها في عدتها

(مسئلة) (وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالمختلفة والبائن بفسخ لعيب أو اعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وإيها وهي الأصح لأن هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبيتها لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقه لموت أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا اقترض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصبته من بعده الأقرب فلا قرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام الحرق ههنا تقديم أبي حنيفة المقتدة على ابنها لأنه الذي يزوجه وذكروا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولايته شرطان (أحدهما) عدم العصبة من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى إذن مولاتها لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) وإذا كان الأمة مولى فهو وليها وإن كان لها مولى فإن ولاية لها وليس لواحد منها الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه لأنه لا يملك إلا نصفها وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لأن تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرية فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائد إليه فلم يثبت للسلطان عنه فيه فإن أعتقها ولها عصبية مناسب فهو أولى منهما وإن لم يكن لها عصبية فمها ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام المتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها وإن كان المعتق أو المقتدة واحداً وله عصبات في درجة واحدة كالابن أو الأخوين فلا أحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها (مسألة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وإيها جعل أمرها إلى رجل يزوجه منه بأذنها)

والتعريض لأنه مباح له نكاحها في عدها فهو كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولأنها بأن أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستيحبها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ويحرم لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمة

(مسألة) (والتعريض قوله أني في مثلك لراغب ولا تقوتيني بنفسك وما أحوجني إلى مثلك) وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة وإذا حملت فأذيني ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجنائز فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك (مسألة) (وتحبيه المرأة ما يرغب عنك وإن قضي شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فإذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرراً) فإن النكاح يسمى سرراً قال الشاعر :

فلم تطلبوا سرها للفني ولن تسلموها لآزهادها

وجعلته ان ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [أحدهما] له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط أنجملين أمرك إلي ؟ قالت نعم . قال قد تزوجتك . ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كمالو وجدا من رجلين . وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها . فان قيل قد روي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لا نعلم صحته وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما ينتقل إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كما أثر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن بوكل رجلين أو ثلاثة . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلاً على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلاً وزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرئ القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك فتعني عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف (فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كافي النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه ان أجيب وان رد حل وان لم يعلم

الحال فعلى وجهين)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه محرم على غيره خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السابع)

ملكه بالاذن فلم يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق . إذا زوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية أن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره نصح أن يبايع عليها له إذا كانت تحمل له كالامام إذا أراد أن يزوجه موليته ، ولأن هذه امرأة ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجه غيره ومفهوم قوله عليه السلام « السلطان ولي من لا ولي له » أنه لا ولاية له على هذه (فصل) وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجهما نفسه لأن إطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجهما لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى اذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجهما إلا باذنها وإن وكل رجلاً يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتاج إلى اذنها لأنها قد أذنت له

(فصل) وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم المالك لا بحكم الاذن في قولهم جميعاً ، وإن كان مالهما لا أحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يشكح أو يترك » متفق عليهما ولأن في ذلك افساداً على الخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة ، والأول أولى (القسم الثاني) أن ترويه لا تركز إليه فتجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرارها فانه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشياء هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تفوتيني بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعيد عن أبي رثاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحسك وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش وعبد الله بن عمر وهو من قد علمت وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست

أو وكله الولي في الإيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالأذن وإن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجوز ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان ، وإن زوج ابنه الصغيرة لم يجوز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها عنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(١) في نسخة
الصغيرة

(مسئلة) قال (ولا يزوج كافر مسلمة محال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال باجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في القمي إذا أسلمت أم ولد هل يلي نكاحها؟ على وجهين (أحدهما) يليه لأنها مملوكة فيلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فليها كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فلي هذا يزوجه الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكفر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكفر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً

فقلت أجاد أمير المؤمنين؟ فقال نعم فقلت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الأول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحرقى وظاهر كلام أحمد فانه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لما قبل سؤاها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها ما دل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفي رواية « إذا حلت فأذنيني » فلم تكن لتصاب بالإجابة قبل أذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين (فصل) إذا تزوج المسلم ذمية فزولها الكافر بزوجه إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لأنه وإياها فصحت تزويجها كما لو زوجها كافرًا ، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم لأن أحد قال لا يتدبر يهودي ولا نصراني عقد نكاح مسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضها فالنكاح فاسد) هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فاجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجه بأذنهما كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت الأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشارة له فيها أو في العدول عنها وليس في الاستشارة دليل على أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكر من عيبها فجرى ذلك مجرى ردها لها وتصريحها بمنعها ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقها بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فإن لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لأن الأصل عدم الإجابة المحرمة

﴿مسئلة﴾ (والتعويل في الإجابة والرد عليها إن لم تكن مجبرة وإن كانت مجبرة فعلى الولي) أما إذا لم تكن مجبرة فلأنها أحق بنفسها من وليها فإن أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها فإن أجاب وليها فرضيت فهو كاجابته وإن سخطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لسكون اختيارها مقدما على اختياره وإن كرهته ولم تختار سواه فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضا لأنه قد أمر باستثمارها فلا ينبغي له أن يكرها على من لا رضاه ، وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن

(الحكم الثاني) ان هذا العقد يعم قاسد لا يقف على الاجازة ولا بصير بالا جازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احمد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وإن لم يجزه فسد . قال احمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطبق عليه فالطلاق بيد السيد ، فان اذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروى ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكر أمت النبي ﷺ فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أمت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيثه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع أبي ولا كني أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان يعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لها الرجوع وكذلك اذا رجع الولي المجر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم ترجع هي ولا وليها لكن ترك الخطيب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع النهي محرمة قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال وقال أبو حفص المكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهى تأديب

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالتنهي عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا تفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه لانه نكاح منهى عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كمنكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي خيرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيه فتخيرها لتزوجها من غير كفنها وهذا يثبت الخبر ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخي فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ولأنها إذا وجدت استند المالك إلى حالة العقد حتى لو كان في العقد نكاحاً من حين العقد لأن حين الإجازة ، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر أن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازته ورثه الآخر لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما يفسخه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وإيها أو الأمة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصریح النبي ﷺ فيه بالبطلان ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في محله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن فلا أن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا ، فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه إلى الولي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بساعته ثم بدا له أن لا يبيعها

(فصل) فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلاً في ذلك لأنهم ليسوا بأخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لأن هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحق غيره به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذمي كالسالم ولا حرمة كحرمة ولذلك لم تجب أجابهم في دعوة الولية ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في الخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم أم يحز حذفه ولا تعدي الحكم بدونه والأخوة الإسلامية لها تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازته الحاكم لانه لما امتنع من الاجازة صار عاضلاً فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجزى فالمر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملاك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد ، ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من تحمل له انفسخ النكاح لانه قد طرأت استباحة صحيحة على موثوقة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وان خرجت الى من لا تحمل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجوز باجازة غيره كولو باع أمة غيره ثم باعها للمالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي وفيه وجه آخر انه يجوز باجازة المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول . ولا يفرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره فأما ان أعتقها اليد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد ، واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازة ولان حق المولى ان بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فانه يابها بالولا .

(فصل) وإذا زوجت التي يعتبر اذنها بغير اذنها قلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكن من الوطء . أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبربرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسألة) ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة

لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن غنيم ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام ، والمساء اولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه أقرب الى مقصوده وأقل لا تنظاره

(مسألة) ويستحب ان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود

خطبة العاقد أو غيره قبل الايجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كالبذر الجذماء » رواها ابن المنذر ، ويجزيه من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخطب بخطبة ابن مسعود التي قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد الحمد لله محمده ونسعيته ونعوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون * واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيباً * اتقوا

تمكينها دليلا على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابعد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشرح به قال الشافعي لقول النبي ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فلكه الأبعد كما لو جن ولان يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق للولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناءه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفتها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه قال معقل بن يسار زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وقولوا قولا سديدا يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال الحلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لا على الإيجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال قات لأحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعى لتزويج قال لا تنصوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكمحتموه فالحمد لله وان ردتموه فسيحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي او الزوج او غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما تبع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه ولنا ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجتكما بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى ابن عمر مولاة له لما زاد على ان قال قد

تخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت الآن انفل برسول الله قال فزوجها إياه رواه البخاري وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضررا على نساها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كتمن عبدها وأجرة دارها ولأنها أو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أول ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه «التمس ولو خاتما من حديد» وقال لامرأة زوجت بنعلين «أرضيت بنعلين من نفسك؟» قالت نعم فأجازها النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فإن عمر قال لو كان مكرومة في الدنيا أو تقرى عند الله كان أولا كم بها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فازرغبت في كفه بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما ان طلبت التزويج بغير كفها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لأنها لو زوجت من غير كفها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

«مسئلة» قال وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فإن لم يكن فالسلطان

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) ان الاقرب اذا غاب غيبة متقطعة فلا بعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحتك على ما أمر الله على امسالك بمعروف او تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين يزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى ابو داود باسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة بنت عبد المطلب فانكحني من غير ان يتشهد ولا نه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلووا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لاعلى الوجوب

«مسئلة» (يستحب ان يقال للمزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية)

وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى عبد الرحمن بن عوف صفره فقال «ما هذا؟» قال اني تزوجت على وزن نواة قال «بارك الله لك أو لم ولو بشاة» متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن نواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية ان يقال نواة فحسب فان النواة (المفني والشرح الكبير) (٤٧) (الجزء السابع)

أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج غير الأقرب فكان ذلك الأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كمنئتنا

(والفصل الثاني) في الغيبة المتقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الحنفي هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه لأن مثل هذا تعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من إمكان تزويجها، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكف، ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال أحمد في موضع: إذا كان الأب بعيداً عن السفر الذي عانت عاياه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن أحدهما لا يقع إلا بكلمة ومشقة، لأن أحمد قال إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلمة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار

عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والنش عشرون (مسئلة) ويقول إذا زفت إليه اللهم أني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه ثناداود عن أبي نضرة عن أبي اسعد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو ملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك وروى ابوداود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تزوج امرأة واشترى خادماً فليقل اللهم أني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب أركان النكاح وشروطه)

أركانه الإيجاب والقبول فلا ينمقد إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمعناها الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعدوم والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكانته والتوسط أولى والله أعلم واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وبعضهم قال من البصرة الى الرقة وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وإن كان الولي قريباً وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبة متقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا ولذلك ان كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

﴿مسئلة﴾ قال (واذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل)

اخذت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينها وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجملته ان النكاح ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنها اجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكما) وقوله (ولا تكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين او اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا ينعقد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة فقال «ملكتمكما بما معكم من القرآن» رواه البخاري ولانه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانهقد به نكاح امته كلفظ الانكاح والتزويج ولانه امكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كابقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي - الى قوله - خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه ليس بصرح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية أما

بكفء لها بفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكاً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع فروج ذوات الاحساب إلا من الا كفء، رواه الحلال بأسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجري في سفر فأقيمت الصلاة فقال جري لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ولان التزوج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روي ان النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الا كفء ، ولا تزوجوهن إلا الاولياء » رواه الدارقطني الا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يخرج بمثله

والرواية الثانية عن أحمد أنها ليست شرطاً في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً وأفكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأما النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لاخته انشدك الله أن تزوجي الا مسلماً وان كان أحرر رومياً أو اسود حبشياً ولان الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب

تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينقصد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق واما الخبر فقد روي «زوجتكم وانكحتمكم وازوجناكم» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظاناً انه ان معناها واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا احد أقوال الشافعي وعند أبي حنيفة ينقصد لانه أتى بلفظه الخاص فانقصد به كما ينقصد بالعربية

وانا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولان الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وانما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وما قاله ابو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكره من تعذر الشهادة على غير العربية ملفي بما اذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حرم النبي ﷺ في البافوخ فقال النبي ﷺ « يا بني نباغمة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشرطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خبيسته جهل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار فاذا قلنا باشتراطها فأنما نعتبر وجودها حال العقد فان عدت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطاً فرضيت للمرأة والاولياء كلهم صحح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقل متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباه زوجها من غير كفها خبرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أمسقط بعض الشركا ، حقه فسقط جميعه كالتقصاص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي

﴿ مسألة ﴾ (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره أبو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها مع القدرة كالتكبير

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير

﴿ مسألة ﴾ (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن)

فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الاخرأتي الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظه الانكاح بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهته فصيح بإشارته كيمه وطلاقه ولعانه وفي اشارة القادر على النطق وجهان ذكرهما في المجرى اولها عدم الصحة للاستغناء عنها وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضا فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءؤه وههنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلاً ملك الباقيون عندهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى ومواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لاحق للابعد معه فرضاؤه لا يعتبر ولنا أنه ولي في حال ياحته العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمساريين

﴿ مسألة ﴾ قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحد في شروط الكفاءة فعنه هما شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والخربة والصناعة واليسار وذكر القاضي في المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وأما الروايتان في الشرطين الأولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصناعة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر ، وههنا الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب على الجند الفسق وبعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه أعاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لأن الحرس لا يوجب الحجر كالصم

﴿ مسألة ﴾ (فان اقتصر على قوله قبلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانعقد النكاح)

وقال الشافعي في أحد قولي لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا الزوج لأنه كناية في

النكاح يفتقر إلى النية والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانه لا ينصرف إلا إلى الذكور وكذلك أن قال الخاطب للولي أزوجت؟ قال نعم وللمزوج أقبلت؟ قال نعم صح . ذكره الحارثي ويحتمل أن لا يصح لأن النكاح إنما يصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمناً مكن كافر فاسقاً لا يستويون) ولأن الفاسق مردود
مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل
الخط في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفؤاً مثله .
فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء .
قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون
الكفاءة في النسب ويأفون من نكاح الموالي وبرون ذلك نقصاً وعاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على
المتعارف ولأن في فقد ذلك عاراً ونقصاً فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه ان غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم
لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله اصطفى
كنانة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني
هاشم ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم
أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا ننكر فضاهم علينا
لمكانك الذي وضعك الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافي العجم العرب ولا العرب قريشا ، وقريش كلهم أكفاء ، لأن ابن عباس
قال قريش بعضهم أكفاء ، بعض [والرواية اثنائية] عن أحمد ان العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لأن هذين ركني العقد فلا ينقد بدونهما
ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والسؤال مضمرة في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم
من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينقد به
ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجود ذلك
أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صريحاً
لا يقتصر الى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبشبهه تقطع اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات
فوجب أن ينقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

(مسألة) (فان تقدم القبول الايجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت البنت فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني
ابنتك فيقول زوجتكها وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لأنه قد وجد الايجاب والقبول
فصح كما لو تقدم الايجاب

ولنا أن القبول انما يكون الايجاب فحق وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنته عمان وزوج أبا العاصي بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكبنة وتزوجها أيضا عبد الله بن عمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطالب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاة فلا يكون العبد كفؤاً لحره لان النبي ﷺ خير بيرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى لان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امراته بمحقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا ينفق على ولده وهو كالمدرم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صعة النكاح لان النبي ﷺ قال لبيرة « لو راجعتيه » قالت يا رسول الله أنا امرئي ؟ قال « انما أنا شقيم » قالت فلاحاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع اليها النبي ﷺ في أن تتكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداها] هو شرط في الدفاعة لقول النبي ﷺ « الحسب المال » وقال « ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها « أما معاوية فعهلوك لا مال له » ولان على المومرة ضررا في إفسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارنا ولان ذلك معدود

بلفظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلان لا يصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كإيهم والخام قلنا البيم لا يشترط فيه صيغة الإيجاب بل يصح بالمعاطاة ولا يمين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الخلق لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلفظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فقامت طويلا فقال رجل يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال النبي ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أنه قال قبلت ولا ما يؤدي معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلفظ الماضي

(فصل) اذا عقد النكاح هزلا او تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلن جد وجد من جد الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا او طاق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعناق والنكاح والنذر ، وقال علي أربع لا لعب فيهن الطلاق والعناق والنكاح والنذر

نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ ، قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتني الطلاق ان رأيتني قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له نسب محبب ومن يفتقر يمش عيشا ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ « لا هم احبني مسكينا وأمتي مسكينا » وليس هو أمراً لازماً فأشبه العافية من المرض ، واليسار المعتبر ما يتدر به على الاتفاق عاينها حسب ما يجب لها ويمكنه اداء مهرها

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (احدهما) أنها شرط . فمن كان من أهل الصنائع الدينية كالحائك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكف . لبنات قوي المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبنائة لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في الحديث « العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكا أو حجاما » قيل لاحد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال العمل عليه ، يعني انه ورد . ووافقا لأهل العرف ، وروى أن ذلك ليس بنقص وروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه الضعف والمرض ، قال بعضهم

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدين هو الذل والسقم

وليس على عبد نقي تقيصة اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدهما

(مسألة) (وان تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره) لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات

(مسألة) (فان تفرقا قبله بطل الإيجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا بما قطع لانه معرض عن المقدم بالاشتغال عن قبوله ، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل مشى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم . قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج في المجلس ، وقال ابو بكر مسألة أبي طالب تتوجه على قولين ، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينقصد

ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاراءء لان ضرره مختص بها ، ولو ايتها منها من نكاح المذوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاة

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة ليس بكفء وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء للتابعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤا لذات نسب فان أحد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعبر به هي وولياها ويتمدى ذلك الى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء له ربة فلا إشكال فيه ، لانه أدنى حالا من المولى

(فصل) والموالى بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم ، قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة يزوجها الخراساني وقول النبي ﷺ « موالى القوم من أنفسهم » هو في الصدقة فأما النكاح فليترك ، وذكر القاضي رواية عن أحمد ان مولى القوم كافئهم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زيدا وأسامة عربيتين ولان والي بني هاشم ساءوهم في حرمان الصدقة فيساوهم في الكفاة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ، وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لافي النكاح ، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالقبول بعده لانه مالم يضامه القبول لم يكن عتداً فيبطل بزوال العقل كالمفقود الجائزة تبطل باموت والمجنون وهذا مذهب الشافعي ، وان نام لم يبطل حكم الايجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيم الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محض ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمفقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه ينفي إلى فسخه بعد ابتداء المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) قل رضي الله عنه (وشروطه خمسة) (أحدها) تعيين الزوجين (لان كل عاقد ومعتود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجها هذه صح فان الإشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بتي هذه أو هذه فلا تارة كان تأ كيداً

(مسألة) (فان قال زوجها بتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصفها بما تتميز

بنكاحها مع بيتين على أن فقد الكفاية لا يطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأن ما عريان فأنه مأمون كلب
وانما طراً عليهم مارق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الاصل

(فصل) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك إذا زوج
الواقفي إذا كان يخافهم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء الاقطة وقد كتب الحديث فهذا شر من
جهمي يفرق بينهما ، وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري
فاذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال من لم يربع بعلى في الخلافة فلا تناكوه ولا تسكده ، قال القاضي
والفقيه منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاية معتبرة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من
أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء وقال من كانت عنده جارية فعلها وأحسن تعليمها
وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم
يعتبر ذلك في الام .

(مسألة) قال (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن
كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح
الاب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفؤ ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على

به ، وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح (

إذا كانت المقود عايباً غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيداً
فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم
أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً ،
وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح فإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة
لم يصح ولأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتي ، وقال بعض الشافعية
يصح إذا نويها جميعاً ، ولا يصح هذا لأن النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أدائها
يثبت به العقد وهذا متعذر في النية ، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بألفظه
ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبالغ ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كانت له ابنتان كبيرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي
عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حنيفة ، وقال القاضي يصح في التي
نويها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبهه مالمو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللأني يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدهن ثلاثة أشهر واللأني لم يحضن) فجعل للأني لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة (رض) تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنو بني وأنا ابنة تسع. متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت ورثني وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كاثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها. وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد رواه (أحداهما) له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي لبلى والشافعي وإسحاق.

(والثانية) ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح اليم حتى تستأمر » ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكر آتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولانها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « اليم أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن واذنها صلتها . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط أو ما أو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها وإذا لم يصح فيها إذا لم يسمها ففيها إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولو لم يوجد ذلك فإن اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما إذا خطب امرأة وتزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الاجاب فيه ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بالفظه يتناول الكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوبها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرنا

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعديل

(مسئلة) (وان قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح لانه تعاقب النكاح على

لا أحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئثار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ «أمروا النساء في بناتهن» رواه أبو داود ، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خبيثته فتخيرها لذلك ، ولأن مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الحرقى فوضعها في كفاة يدل على أنه إذا زوجها من غير كف : فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قول الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كف : فلم يصح كسائر النكحة المحرمة ولأنه عقد ملو ليه عقداً لاحظ طافيه بغير إذنهما فلم يصح كيجه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعاً فلم يصح تصرفها شرعاً بما لاحظ لها فيه كالوكيل

(والثانية) يصح لأنه عيب في المفقود عليه فلم يمنع الصحة كسواء المغيب الذي لا يعلم عيبه ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكف ، ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه كالواشترى لها مغيباً يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لما فسخ ان كرهت وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنهما بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فإن كانت كبيرة فأما الخيار ولا خيار لابيها إذا كان عالماً لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لأنه يفسخ لحظها وحقتها لا يسقط برضاه ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولا يمكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ ونختار فإن كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد وكذلك لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لا يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يملكان ما فيها

(فصل) فإن خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل ولا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرفض لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وبيها لأنه غره ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فإن كانت تلك قد ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز إليه أختها يعني والله أعلم بمقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منها لأن الايجاب صدر في إحداها أيهما كان جاز ، وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخات عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قبل يلزمه مهران

ولي غير الاب فاما المنسوخ على ما مضى وعلى كاتا الروايتين فلا يحل له تزوجهما من غير كف، ولا من معيب لان الله تعالى اقامه مقامه اناظراً لها فيما فيه الحظر ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه في نفسها أولى

﴿مسئلة﴾ قال (وليس هذا لغير الأب)

يعني ليس لغير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الجد فانه جملة كلاب لان ولايته ولاية ايلاد فملك إجبارها كلاب، وقال الحسرو وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخيار اذا بلغت. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فهو منه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ «لا يتم بعد احلام» قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويمجبه مالها وجماها فيريد أن يتزوجها بغير أن يتسط في صداقها فيعطىها مثل ما يعطى غيرها فهو عن ذلك كاهن الا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى صنتن في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فملك التزويج كلاب.

قال نعم ويرجم على وليها، هذه مثل التي بها برص أو جذام علي بقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية مطاوعة فأما ان جهل الحال فلها المهر ويرجم به على من غره وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى الزوج الاخرى لها الصداق ويمتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (الثاني رضا الزوجين فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح)

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لما قاعبر تراضيهما به كالبيع فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه

﴿مسئلة﴾ (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الا بكاً بغير إذنهم)

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم في أن لا يبه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن والزهرى وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختموا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الاثرم وأما الغلام المعتوه فلا يبه تزويجه وقال

ولنا قول النبي ﷺ « تستأمر اليتيمة في نفسها وإن سكنت فهو اذنها وإن أبت فلا جواز عليها »
رواه أبو دارد والسنائي وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرغم
ذلك إلى النبي ﷺ فقال « إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها » واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها
ولان غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد
بنكاحها كالأجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبهه سائر العصبات ، وفارق الأب فانه يدلي بغير
واسطة ويسقط الاخوة والجد ويحجب الام عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة
وأبوين ، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤنسون ما كتب لهن) وإنما يدفع إلى
الكبيرة أو نكحها على بنت تسم

(فصل) وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) أنها كمن لم تبلغ نسما نص عليه
في رواية الأثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء. قالوا حكم بنت تسع سنين حكم
بنت ثمان لأنها غير بالغة ولان اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح
(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المفهوم الآية ودلالة الخبر
بعدمها على أن اليتيمة تنكح بإذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد اتفق به الاذن فيمن دونها فيجب حملها
على من بلغت نسما

وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين
فهي امرأة . ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولانها بلغت
سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة، فلي هذا اذا زوجت ثم

الشافعي لا يجوز لانه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يحز له كغيره من الاولياء
ولنا أنه غير بالغ فملك الأب تزويجه كالمأقل ولانه إذا جاز تزويج المأقل مع أن له عند احتياجه
إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، ووصي الأب يقيم مقامه
في ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، وقال القاضي في المبرد للمعالم
تزوج لانه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس
بسد فان غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى، وفارق لأب ووصيه فان لهما تزويج
الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن لانه لا اذن له

(فصل) وللاب تزويج البالغ المعتوه في ظاهر كلام أحمد والخرقي مع ظهور امارات الشهوة
وعندها، وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه امارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب
الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراؤه به بالزامه حقوقا لا مصلحة له في الزاها وقال أبو بكر

بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لأنها أنما ولدت بعد موت أبيها ، وإنما كانت ولاية عمر عشر أفكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

(مسألة) قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لأنهم خلافا في استحباب استئذانها فإن النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أنستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله ﷺ « نعم تستأمر » وقال « استأمرُوا النساء في أبضاعهن فإن البكر تستحي فتسكت ، فهو أذنهما » متفق عليهما وروى عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يستأمر بناته إذا أنكحن قال كان يجلس عند خدر المحاطوبة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فإن حركت الحدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها (فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « أمرُوا النساء في بناتهن » لأنها تشارك في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وارضاء لما فتكون أولى .

ليس للاب بحال لأنه رجل فلم يجوز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفران طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجوز وإن كان مستدما جاز

ولنا أنه غير مكاف فجاز لآبيه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى

ولنا على النسوية بين الطاريء والمستدام أنه متى ثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فلما اعتبار الحاجة فلا بد من إيقاظه لا يجوز أوليه تزويجه إلا إذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته إلى الأيواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يحن في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله بمرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس لغير الأب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبين وهذا مذهب الشافعي لأن ذلك من مصالحه وليس

(مسئلة) قال (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد)
وجهة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره
تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج
بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال إمامنا عيسى بن إسحاق لأعلم
أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فإن الحسناء ابنة حذام الانصارية
روت أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري
والإمامة كلهم . قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن ،
وكانت الحسناء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوهار جلامن
بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .
وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم
أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس لأولي مع الثيب أمر »
رواهما النسائي وأبو داود ولانها رشيدة عالة بالقصود من النكاح مخبيرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل
(القسم الثاني) الثيب الصغيرة وفيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحنفي واختاره
ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعدم الأخبار ولأن الإجماع يختلف بالبكارة والثبوت
لأب الصغر والكبر وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلم فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب
التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لا يبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي

له حال ينتظر فيها أذنه وتسنده في ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجها إذا قال أهل الطب
إن في ذلك ذهاب علمه لانه من أعظم مصالحه

(فصل) وإذا زوج الصغير والمجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من
أهل التصرفات فإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه
بنفسه كما يفرض أمر المبيع إليه وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يتناع له وهذا على الرواية التي تقول
بصحته ببعه ووقوع طلاقه فإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير
فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا إن للاب تزويج أمته
بدون صدق مثلهما فإنما مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته
بل الجواز هاهنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى تزويج المجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر
مثلهما فيتم الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يتزوج

حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر ، والكلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثبوتة على ما حصل الكلام بالذكورية ثم الكلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسم سنين بزواجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

(مسئلة) قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن اذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض فأما البكر فاذنهما صماتها في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي وإسحاق والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صحتها في حق غير الأب وجهان (أحدهما) لا يكون اذنًا لأن الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنًا ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرها فلا يكون اذنًا كما في حق الثيب وإنما اكتفي به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة ببيان الشافعي عن اضافته اليه ، وجعله مذهباً له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يخرج منصف على هذا القول وقد

بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لماله فيما لا حاجة به إليه وذكر في الجامع أنه له تزويج ابنة الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمهية عيباً يرد به النكاح فإن فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان فإن قلنا يصح فهل لا ولي الفسخ في الحال؟ على وجهين يذكّر توجيههما في تزويج الصغيرة بمهيب فإن لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فإلها الفسخ وليس له تزويجه بامة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) فأما الإناث فلا بد تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعها في كفاة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتنائها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللاني يبدن من الحيض من نسائك ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن) فجعل للاني لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطلاق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنائي وأنا ابنة تسم متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنهما وروي الأثر أن قدامة ابن مظهر تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له ابنة الزبير فقال إن مت ورثتني وإن

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح اليم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال أن تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحيي قال « رضاها صمتها » متفق عليه . وفي رواية « واليتيمة تستأمر فصمتها اقرارها » رواه النسائي . وفي رواية « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكنت فهو اذنها » وهذا صريح في غير ذات الاب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « الشيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من إبانها وامتناعها فاذا سكنت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفي به وما ذكره يفضي الى أن لا يكون صمتها اذنا في حق الاب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا رداً على النبي ﷺ بالكلمة واطراحا للاخبار الصريحة الجليلة وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهية وإيأس بصمت فيدخل في عموم الحديث

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكنت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمت والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لاعلى الكراهة ولو كرهت لامتنعت

عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كاثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما
(فصل) وفي البكر البالغة المأثلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا تنكح اليم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يميز إجبارها كاشيب والرجل ووجه الاولى ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « اليم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنها صمتها » رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وإياها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئثار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل

فإنها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكا ، وكذلك أقننا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة وهذه لم تباشر بالاذن في النكاح فيبقى حيائها منه بحاله ولنا قوله عليه السلام الثيب تعرب عن نفسها ولان قوله عليه السلام « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت » يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لا أحدهما فوجب ان يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك . ولانه لو أوصى الثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للبكر لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرأ فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولائها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي الى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه . ولا فرق بين المكره والمطوعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم أنها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار، ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل

أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه فتخييرها لذلك ولانه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وعن أحمد لا يجوز تزويج ابنة تسم سنين بغير إذنها اختلفت الرواية عن أحمد في الجارية اذا بلغت تسم سنين فالمشهور عنه أنها كن لم يبلغ تسعا نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسم حكم بنت ثمان لأنها غير بالغة ولان إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المفهوم الآية وللدلالة الخبرين بموهما على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وان أبت فلا جواز عليها ، وقد اتفق الاذن فيها دونها فيجب حملها على من بلغت تسعا فلي هذه الرواية يجوز لغير الاب تزويجها بإذنها وحكمها حكم البالغة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : اذا بلغت الجارية تسم سنين فهي امرأة ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولأنها بلغت سنا يمكن فيه حبسها وتحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في اذنها في تزويجها قبل الدخول قالنول قولها في قول أكثر الفقهاء، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لان الأصل السكرت والكلام حادث فالزوج يدعي الأصل فالقول قوله

ولنا انها منكرا الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفنا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ولان التمكن من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته به قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نسكت فقال أبو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل الزوج فأنكرته فان كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادا فالظاهر معها

(فصل في المجنونة) ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقاقها واعتناءها فمع عدمه أولى. وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لو أبها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرق لانه جعل الأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنهم منة أبو بكر لانها ولاية إجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فان ولاية الإجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بدم الإجبار في حرة إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر ولانها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشر فكرهت، الجارية فزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه قال له تزويجها وان كرهت، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحدا قال في الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فان الحسناء ابنة حذام الانصارية روت ان أبها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره. قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقابها (والثاني) له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة المرض ولا سبيل إلى إزالتها فأبيح تزويجها كالثيب مع أيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها . إن قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها ، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها

ولنا أن المعنى المبيح لا تزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصالحها ودفع حاجتها فأشبهه ما لو قال أهل الطب إنه يزول علتها ، ونعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتبعها الرجال وميائها إليهم وأشبه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي لا يزوجه غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويجها . وإياه قول أبي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون والياً دونهم كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فإن كان لها وصي في مالها لم يملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها أو الحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا

هم على صحته والقول به ولا أعلم مخالفاً له إلا الحسن وكانت الخنساء من أهل قباء نمت أنيس بن قدامة فقتل عنها يوم أحد فزوجه أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فكرهته فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر ، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الآيم أحق بنفسها من وليها ، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواها النسائي وأبو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مخيرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

(فصل) فأما الثيب الصغيرة ففيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحنفية واختيار ابن حامد وابن بطنة والقاضي ومذهب الشافعي لمعوم الأخبار ولأن الإجبار يختلف بالبكرة والثبوبة لا بالصغر والكبر كما اختلف في صفة الاذن ولأن في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر أذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) أن لا يبرأ تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر عبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبركة والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثبوبة على ما حصل للغلام بالذكورية . ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذلك هذه ،

« مسألة » قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن الأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تقولوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلما ودينا ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب وبصونها وبحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعارضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بضعها وليس لأولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

والاخبار محمولة على الكبيرة فأن جمالها أحق من وليها ، والصغيرة لاحق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة أرح يزوجهما وليها بأذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم (مسألة) (وللسيد تزويج اماته الثيبات والابكار وعبيده الصغار بغير إذنه)

لا نعلم خلافا في السيد إذا زوج أمته بغير أذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرًا صغيرة أو كبيرة وذلك لأن منافعتها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبهه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستماع بها ولهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمذبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في اجبارها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولنا أنها مملوكة يملك الاستماع بها واجارها فملك تزويجها كالقن إذا ملك أخته من الرضاع أو بحوسية فله تزويجها وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعتها ملكة وإنما حرمتا عليه لعارض فأما التي بعضها حر فلا يملك اجبارها لأنه لا يملك اجبار المسكينة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك اجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده المأذون له وركبته ديون ملك سيده تزويجها ويعمها واعتاقها نص عليه

(فصل) وتنام المهر على الزوج لأن التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون من مثله .

قال أحد أخاف أن يكون ضامنا وليس الأب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

«مسئلة» قال (ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس لقبر الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال الشافعي في المجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله ، وقال الشافعي بملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ونارق الأب ووصيه فان لما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فإنه لا إذن له

(الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل مجنون مطبق ليس لقبر الأب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم كم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن

أحمد وذكره أبو بكر وقال والسيد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالقرماء وأصل الخلاف ينسب على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم العيب فلا يلحق القرماء ضرر ويتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا المذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجلب والعنة والامتناع من الفیئة دون السيد وفارق بيعها لمعيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم تملك الفسخ لعيبه ولعنته ولا إيلائه فان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) والسيد تزويج عبده الصغير بغير اذنه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ما يملكه إياه وتنام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده الصغير المجنون

ويريد من هذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان المجنون مستداماً أو طارئاً فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لا يجه تزويجه كذلك قال ابن المنذر ومن هذا مذهبه الحسن والزهرى وقنادة ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنة وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الأثرم بإسناده فأما الغلام المعتوه فلا يجه تزويجه وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء

ولما أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والحرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته أضراراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في إلزامها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وان كان مستداماً جاز

ولما أنه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهنا أولى

﴿مسألة﴾ (ولا يملك إجبار عبده الكبير إذا كان عاقلاً)

وهذا قال الشافعي في أحد قولي وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنكحوا الإيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) ولانه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالامة ولانه يملك إجارته فأشبه الامة

ولما أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحرة ولان النكاح خالص حقه ونفقة له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الإيامى وأما يزوجن عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وأما يجب تزويجه عند طلبه وأما الامة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحتمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل يميز يملك الطلاق أشبه البالغ (فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أولاً وسواء باشر العقد بنفسه أو اذن لعبده فمقدمه مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على ان ذلك يتعلق بكسبه فانه قال

وانا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئة ومستدامه كلرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام ، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الأيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفيق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا بأذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله بهرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(الفصل الرابع) أن وصي الاب في النكاح بمزانه على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الاب في التزويج خاصة فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالنصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وإن تزوج الصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لأنها ليسا من أهل التصرف وإن كان القلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع إليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز

تفقته من ضربته وقيل إن كان بقيمة ضربته انفق عليها ولا يعطي المولى وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي ، وقائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدام ومنعه الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكسب

ولنا أنه حق تعلق بالمقد برضا سيده فتعلق بسيدة وجاز بيعه فيه كما لورهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص غايه ، لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كإرش جنائته فاما النفقة فأنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا عتق

(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بأذنه وإن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة العقد كالحرة ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومعيناً فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فيتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فينفذ تصرفه فيما أذن له فيه كالوكيل ، وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء لكن أن تزوج امرأة من بلدة أخرى فليس يملكه من الخروج إليها ، وإن كانت في البلد فعلى سيده إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهائياً لأنه يحتاج إلى استخدام له وليس

أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .
(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج محزون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلاً فيتمذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذل ماله فيها حاجة به إليه وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير بربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمصيبة عيباً يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتقويتاً لماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان فإن قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمصيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون قلما الفسخ وليس له تزويجه بأمة لأن إباحتهما مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون

(فصل) وإذا تزوج ابنه تعاق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً لأنه عقد للابن فكان عليه بذلة كتمن المبيع وهل يضمنه الابن؟ فيه روايتان (أحدهما) يضمنه نصاً عليه فقال تزويج الابن لابنه الطامل جائز ويضمن الابن المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان (والأخرى) لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كتمن مبيعه أو كالأوكيل قال القاضي هذا

النهار محلاً للاستمتاع غالباً ولسيده السفر به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وإن كرهت امرأته كذا هنا

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى وإن تزوج أكثر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتعلق برقة العبد أو ذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) وإذا تزوج أمة ثم اشتراها بأذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها لنفسه وقلنا أنه لا يملك بالتاميك انفسخ النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين بأذن سيده فإن كان بعضه حراً فاشترى في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير أذنه وقلنا أنه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح للملك بعضها

أصح وقال انما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما المومر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فان كان ذلك بعد دفن الاب الصداق عنه رجم نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه مالو وهبه الاب أجنبياً ثم وهبه الأجنبي للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لانه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وان ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه لفسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لانه نصب لمصلحه وهذا من مصالحه لانه يصون به دينه وعرضه ونفسه فانه ربما تعرض بترك التزويج للآثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله ، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لانه يحتاج إلى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة اليه لم يجوز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجوز كتبذير ماله وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه ، فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ، ولانه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لانه يملك الطلاق فلم يجوز على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لان اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الاولياء تزويج كبيرة الا باذنها الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال وليس لسائر الاولياء غير الاب تزويج كبيرة بغير اذنها جداً كان أو غيره وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجد فانه جعله كالاب فان ولايته ولاية ابلاد فملك الاجبار كالاب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تسكح الأيم حتى تستأمر ولا تسكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال « أن تسكت » متفق عليه ولان الجد قاصر عن الاب فلم يملك الاجبار كالعالم ولانه يدلي بغيره فأشبهه سائر العصبات ، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الجد ويحجب الام عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلمهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم لانه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الاول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك اذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها الا أن يقول أهل الطب ان علتها تزول بذلك

فاذا أجبر على من بكرها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وإنما جاز ذلك في حق المجنون والعاقل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالشديد

(الحال الثاني) أن الولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي لولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض إليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعيز له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التبيين لئلا يتزوج شريفة بكثر مهرها ونفقتها فيضر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ماذكروه ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطالت الزيادة لانها محابة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) اذا تزوج بغير إذن فقال أبو بكر يصح النكاح أو ما إليه أحد ، قال القاضي يعني اذا كان محتاجا فان عدت الحاجة لم يجوز لانه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بأذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه اذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطئ الزوجة فعليه مهر المثل لانه أتلف بعضها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها

وانما أنها محتاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيل هذه المصالح كغيرها

(فصل) في تزويج المجنونة ان كانت ممن يحبر او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى ، وان كانت ممن لا يحبر فهي ثلاثة أقسام (أحدها) ان يكون وليها الأب أو وصيه كالبنات الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحارقي ولانه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاول اصح فان ولاية الاجبار انما اتفتت عن العاقلة بمحصول المباشرة منها والخيرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان أحدهما ليس له بحال لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لغير الأب بحال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان لها حاجة إليه لدفع

(فصل) وايس لغير الاب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لانعلم في هذا خلافاً ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الابوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبلغني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها تملك البضع فجاز أن يملك بها إزالته اذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار (والقول الثاني) لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الاب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لأنها لا تثبت إلا باقرار الزوج ولا حكم لاقراره ، وان أقر بالعدة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وضابت المرأة بالفسخ لم يفسخ لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلانها فاذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستعلف ولا يثبت ما قاتته فلم يفسخ عليه

(مسئلة) قال (واذا زوج أمته بنير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كاثيب مع ايها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب علتها نزول بزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها نزول بزويجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتبها الرجال وميلها اليهم وأشبه ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمتها ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري فان كان ودياً في ما لها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لان منافعتها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة
ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وردها
ويستقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال
مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة ، ولشاذلي فيه قولان لانه لا يملك
التصرف في رقبتها فكذلك لا يملك تزويجها بغير اذنها كاخته

ولما أنها مملوكة يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن ولانها إحدى منفعتها فملك أحد
عوضها كسائر منافعتها ، وما ذكره يبطل بابطه الصغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها ، وإذا ملك
أخته من الرضاع او محبوسية فله تزويجها ، وان كانتا محرمتين عليه لان منافعتها مملوكة وانما حرمتا
عليه لعارض ، فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبه
لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزم نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد
(فصل) فان طالبت الامة من سيدها تزويجها فان كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لان عليه
ضرر آفي تزويجها ووطؤها يدفع حاجتها فان كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمحبوسية وأخته من
الرضاع او محملة له لئلا لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها ان كانت محملة له وازالة
ملكه عنها لانه وليها فأجبر على تزويجها كالخرة ، ولان حاجتها قد نشدت الى ذلك فأجبر على دفعها
كالاطعام والكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم ، وان طالبت منه من نصفها حر أو المسكينة أو أم الولد
التزويج أجبر عليه لانه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر

(مسألة) (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال « أنها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » لا اذن هؤلاء وعن احمد ان لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت
وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة
وقال هؤلاء عن أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخيار إذا بلغا لقول الله تعالى (وان
خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ،
واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة
عن قول الله تعالى (وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر
وليها يسجبه مالها وجمالها يريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيهامثل ما يعطيها غيره هو أعن نكاحهن
الا ان يقسطوا فيهن ويلبوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه وروت عائشة ان جارية بكرأ زوجها
أبوها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لهم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

(فصل) واذا اشترى عبده المأذون أمة ور كته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال السيد وهاؤها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالعرفاء ، وأصل الخلاف بيني على دين المأذون له في التجارة فعسدا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الأمة فان الدين ماتعاق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبها في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيبا يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحررة ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه ، وإن زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا يصح فلها الفسخ وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كما

(مسئلة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وهذا قال الشافعي في أحد قولي وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك اجارته فأشبهه الأمة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكنت فهو إذن» وإن أبت فلا جواز عليها» رواه أبو داود وقد اتفق الاذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنه البكر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه ، وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف ، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أم لا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لعم تستأمر» وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحي فتسكت فهو إذن» متفق عليهما وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا انكحن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول «إن فلانا يذكر فلانة» فان حركت الخدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها . ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء في بناتهن» ولأنها تشاركه في النظر لبنتها وتحصيل المصلحة لها لشفتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وأرضاؤها فيكون أولى

ولنا أنه مكاف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر لان النكاح خاص حقه ونفعه له فأشبهه الحر والامر بالنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامي وانما يزوجن عند الطلب ومقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما لامة فانه يملك منافع بضمه او الاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنا وهو يملك استيفاءها .

(الفصل الثاني) في العبد الصغير الذي لم يبلغ للسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه .

ولنا أنه اذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبدته مع ملكه له وتام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضربته وقال ان كان بقيمة ضربته انفق عليها ولا يعطى المولى وان لم يكن عنده ما ينفق بفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وان لم يكن للعبد كسب وايس المرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخداه ومنعه من الاكتساب ومن عتقه بكسبه لم يكن له كسب للمرأة الفسخ وايس لا يدفعه من الكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين . فولى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

(مسئلة) (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

اما الثيب فلا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان اذنها الكلام لاخبر وان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير اشياء يسيرة اقيم الصمت فيها مقامه لعارض ، واما البكر فاذنها صماتها في قول عامة اهل العلم منهم شريح والشعبي والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي ابا او غيره وقال اصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (احدهما) لا يكون إذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل للرضا وغيره فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفى به في حق الاب لان رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن اهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة يسان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتباع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال « ان تسكت » وفي رواية عن عائشة انها قالت يا رسول الله إن

كأوش جنابته فأما النفقة فإنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا أعتق
(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبد باذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف
يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً، فإن عين له امرأة
أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فقيد تصرفه بما أذن
له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فلا سيد
منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله إيلالاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن
يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهاراً لأنه يحتاج إلى استخدامهم
وليس النهار محلاً للاستمتاع والسيدة المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر
والحر يملك المسافرة وإن كرهت أمره كذا هنا

(فصل) والسيد أن يعين له المهر وله أن يطاق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بهر المثل عند الإطلاق
أو دونه لزم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تعاق رقة العبد أو بذمته يقيم
بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضرة
(فصل) وإن تزوج أمة ثم اشتراها بأذن سيده لسيدة لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها
لنفسه وقلنا إن العبد لا يملك بالتملك فكذلك وإن قلنا يملك بالتملك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر
امرأته وله وطؤها بملك المهر إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حراً فاشترها في ذمته أو بما يختص
بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه
لا يملك جميعها وإن اشتراها بيمين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفة لم
يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها
(فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لأن ملك النكاح

البكر تستحي قال «رضاؤها صحتها» متفق عليه، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو أذن»
وهذا صريح في غير ذات الأب والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالأذن
ولا تستحي من أبها وامتناعها فإذا سكنت غلب على الظن أنه كرهاها فاكتمت به وما ذكره يفضي إلى
أن لا يكون صحتها إذناً في حق الأب أيضاً لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذا رداً على النبي صلى الله
عليه وسلم بالكلية وأطراحاً للأخبار الصريحة الجليلة وخرقاً لاجماع الأمة

(فصل) فإن أذنت بالنطق فهو أبلغ وأتم، وإن ضحكت أو بكيت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف
ومحمدان بكيت فليس بأذن لأنه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث.
ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر

واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولأن المرأة تقول أنفق علي لاتي امرأتك وأنا أسافر بك لانيك عبيدي ويقول هو أنفقتي علي لاتي عبدك وأنا أسافر بك لانيك امرأتي فيتنافيان ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا ونساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل ، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قولييه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أنفك لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه

وذكر القاضي فيه وجهاً أنه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع اثبوتيه في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ، ولانه ثبت في الذمتين جميعاً احدهما تبعاً للآخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فانفسخ اذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالحلم (والثاني) يسقط لان الفسخ انما تم بشراء المرأة فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعتساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فان ابتاعته بصدقتها صح نص عليه احمد وذكره ابو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه ، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

اليقظة فان بكت أو سكنت فهو رضاها وان ابت فلا جواز عليها » ولانها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمت والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنت فانها لا تستحي من الامتناع والحديث يدل بصريحة على أن الصمت اذن ومعناه علي ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك أقنا الضحك مقامه

﴿مسئلة﴾ (ولا فرق بين الثوبه بوطه مباح او محرم)

وجملته ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة في المصابة بالقجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرة وهذه لم تبشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولنا قوله عليه السلام «البكر تعرب عن نفسها» ولان قوله عليه السلام «لا تسكح الأيم حتى تستأمر

لان ثبوته يقتضي نفيه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض ولنا انه يجوز أن يكون ثمة لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمة له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به .

(مسئلة) قال (فاذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان المرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر اذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولان الثاني اتصل بمقدمه القبض فكان أحق

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهي الأولى » أخرج حديث سمرة ابو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم أن لها زوجا ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة والمترد وكما لو علم ، فأما حديث عمر رضي الله عنه لم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من القبض لا معنى له فان النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذنهما ان تسكت « يدل على انه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذنا لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولانه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولانها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لا يصح فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لانيها إخبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان قولهم انها لم تبشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

(مسئلة) (فأما زوال البكارة بأصبع أو وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) إذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة وبنينهم والاعمام وبنينهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لأن النبي ﷺ لما تقدم إليه محيصة وحبوبة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ «كبر كبر» أي قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حوبصة، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم لأن حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هنا، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤاً باذن المرأة صح وإن كان هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته فصح كما لو انفرد وأما القرعة لازمة المشاحة

﴿مسئلة﴾ قال (فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكازلها عليه مهر مثلها ولم يصبرها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فأنما تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني لأن عقد عقد فاسد لا يوجب شيئاً، وإن وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صداق بالميسر وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت إليه وذلك لأن الصداق في مقابلة الاستمتاع بها فمكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ لأنه

إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو أصبح أو عود فحكمها حكم الأبقار ذكره ابن حامد لأنها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت في الدبر لأنها غير موطوءة في القبل.

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنهما قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في الثيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لأن الأصل السكوت والكلام حادث والزوج يدعي الأصل والقول قوله.

ولما أنها منكرة للأذن والقول قول المنكر ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لأن المتمكين من الوطء دليل على الأذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكحت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح.

باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية ، وذكر أبو بكر ان الواجب المسعى ، قال القاضي هو قياس المذهب والاول أصح لما قلناه والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

وجهة ذلك انه اذا جهل الاول منها فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم ان أحدها قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم تزوج من شات منهما أو من غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد رواية أخرى انه يقرع بينهما فن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يحدد انفارح نكاحه ، فان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساري كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الانصاء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فان أيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا ههنا . وقد

وانما أنه اختلاف في زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل الزوج فانكرته ، فان كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادها فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وجرضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك الزوج للآثم بالزنا الموجب الحد وهتك العرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى الاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يحز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضییعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يحز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ولانه محجور عليه أشبه

روى عن شرح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سلمان أنها تخير فأيهما اختارت فهو زوجها وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزواج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعتقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يربدوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما، فإن أثبت أن المختار لم يجبر وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم يجبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتهين إذا فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شأت منهما أو من غيرها في الحال أن كان قبل الدخول وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنى السابق بالمقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبهه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا معا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أجبر على من بكرها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ولا يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف وكذلك يملك الطلاق والحلم فجاز أن يفوض إليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين له لثلاث يتزوج شريفة بكثرة مهرها وتفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكرناه، ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله وهو لا يملكها وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) إذا تزوج بغير إذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منها ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقرعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالها ، وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الطلاق فلم يلزمها مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته ، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فبوقف الأمر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكحوا قضي عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيهن زوج يقرع بينهما فأيتين أصابتها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وتناحبا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لا قراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترث ، واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم تقبله في نفسها ، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أولاً إليه أحمد قال القاضي يعني إذا كان محتاجاً فإن عدت الحاجة لم يحز لأنه اتلاف لئله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي أن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالمبدوان طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما أن تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطئ فعليه مهر المثل للزوجة لأنه أنلف بضعها بشبهة فلزم عوض ما أنلف كاتلاف مالها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح إلا بولي)

فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري وإسحاق وأبو عبيد ، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لأن الله تعالى قال (ولا تضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالمقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع يديهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فان كان هو المقر له او كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقرة الآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى او اصطاحا فلا كلام وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فان كان المسمى أكثر فهو مقر لها بلزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم (فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لانها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقربه وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت الى انكارهما لان الشهادة انما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار ايها لان تزويجها اليه دونها فان ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وان مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته السكك الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

اجم أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير اذن سيده فان نكح لم يعتد نكاحه في قولهم

النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كيوم أمها ولانها إذا ملكت بيع أمها وهو تصرف في رتبته وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فله المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقة عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما (المفني والشرح الكبير) (٥٢) (الجزء السابع)

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا إرشاء الله فأنهم اختلفوا في صحته فمن
أحمد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي
وعن أحمد أنه موقوف على اجازة السيد فان أجازته جاز وان رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لأنه
عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر »
رواه الاثرم وابن ماجة ، وروى الحلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال
رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث
لابي عبد الله قال هذا حديث منكر ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه
فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

(مسئلة) قال (فان دخل بها فعلى سيده خمس المهر كما قال عثمان رضي الله عنه الا
أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل
بها فلا مهر لها لأنه عقد باطل فلا نوجب به جرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة
لا نوجب به جردها شيئاً (الحال الثاني) أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة
وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده وهذا يمكن حله على ما قبل الدخول فيكون

الآية فان عضها الامتناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وهذا يدل على أنها نزلت
في شأن معقل بن يسار حين امتنع من التزويج فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لأنها تحل له إذا
ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج

(مسئلة) (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها
بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لان قول النبي صلى
الله عليه وسلم « أيما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » يدل بمفهومه على صحته
بأذنه ولأنها إنما منعت الاستقلال بالنكاح لفصور عقلها فلا يؤمن انحوائها ووقوعه منها على وجه
المفسدة وهذا مأثور فيما إذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لمعوم قوله « لا نكاح الا بولي » وهذا يقدم
على دليل الخطاب والتخصيص وهنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير اذن
وليها والعلة في منعها صياتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعوتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي
حال أهل الصيانة والمروءة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الأثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وقال المرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فالما ان جهات المرأة ذلك فلها المهر لانه لا ينقص عن وطئ الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنتفع به بهد العتق وهو قول الشافعي الجديد لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام «ايمان امرأة نكحت نفسها بغير اذن واپها فنكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها» وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبا كسائر الانكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بفدية السيد، وقد ذكرنا احتمالا آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطئ أجري مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه يرضى المستحق والله أعلم (الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمسه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به أبو موسى، وعن أحمد أنها ان علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطئ يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكاله كالوطئ في النكاح بلا ولي وفي سائر الانكحة الفاسدة ووجه الاول ما روى الامام أحمد بإسناده عن حلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكما لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة وخرج القاضي وجهها في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والاول أولى لانها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضته ظواهر

﴿مسئلة﴾ (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة لان الامة لا ولاية لايها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزويجها أبوها لأنه لا ولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والعبدي وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصياً لانه يسقط تعصيب جده

ولنا أن الولد موهوب لايه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لايك» واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب

أن غلاماً لابي موسى تزوج بمولاة تبجان التيمي بغير إذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب إليه عثمان ان فرق بينهما وخذ لها الحسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابرعة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كحد النكوحات (الفصل الرابع) أنه يجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهره أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة ابرعة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولا وجب القيمة وهي الاثمان دون الابرعة ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جنابة فـسكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنایات وقيمة المحل مهر المثل (الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارش الجنابة فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وندائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل) اذا أذن السيد لعبد في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله ، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم .

أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صفه وسفه وجنونه فليبه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من العكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بابوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب واستوائهما في القرابة يوجب استواءهما في الولاية كالاخوين ولانها عصبتان لا يسقط احدهما الآخر فاستويا

« مسألة » قال واذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابتها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يقدمهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له ان ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له ان ينكح فرضى بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق (في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالفرور، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قولي يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبهه ما لو قال بملك هذا الفرس فاذا هو حار . ولنا أن المعقود عايه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمه في صحته كما لو قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء . وكذا يقول في الاصل الذي ذكره ان العتد الذي ذكره صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها وان سلمناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فانت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما مختلفا في الصفات . و (الثاني) أن البيوع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء . كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه . (الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف فعلمه لانه اعتقد حريةها فكان أولاده أحرار لا اعتقاده ما يقتضي حريةهم كما لو اشترى أمة يعتقدونها ملكا لبائنها فبانت مفعوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتمصيب فيقدم عليها كالأب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرقة ما لها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالأب والاخ يسقط به وبالأب وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليها كالأب وكتقدمه على العم وسائر العصبات اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولى من جميع العصبات غير الأب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الأب

﴿ مسألة ﴾ (ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الأب وأبؤه)

واولى الناس بزواج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكفيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها لحالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها

ولنا ما روت ام سلمة انها لما انقضت عدتها ارسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فقالت يا رسول الله ليس احد من أوليائي شاهداً قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره » ذلك فقالت قم يا عمر فزوج

عليه فداؤهم لان الولد يعتقد حر الاصل فلم يضمه لسيده الامه لانه لم يملكه وعنه أنه يقال له افد أولادك والا فهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقتها . وقال الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يندي ولده وقال اسحاق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولاً أول لابي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لفضاء الصحابة به ولانه نداء الامه المملوكة فسيبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوق رقتهم بنعله وفي فدائهم ثلاث مسائل

(الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمهم بالمنع ولم يضمهم الا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه لانه ذات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لما لك الامه فلم يضمها كما بعد الخصومة فان قبل فقد كان محكوماً بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء . رفيها ثلاث روايات احدها بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعتق شقة صا من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولان الحيوان من المتقومات لامن ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كولو أتافه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحديث عمر بن أبي سلمة حين زوج النبي ﷺ أمه أم سلمة اليس كان صغيراً ؟ قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من عصباتها فيثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وان سلم فهو يبطل بالخاتم والمولى قولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما اذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصبا وقد استويا في عدم الابلاد

﴿ مسئلة ﴾ (ثم أخويها لا يها)

لا خلاف في تقديم الاخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعد هم فان ابن الاب أقواهم تعصبا واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للاب اذا اجتمعا فعنه انها سواء اختارها الحنفي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانها استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد بها العصبوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح في الميراث جهة الام ولا مدخل لها في الولاية لم يرجح بها كالمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الاخ من

(والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيدا الذ كر بذ كر والاشى بأشى لما روى سعيد بن المسيب قال أبتت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فزوجه رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقصى للمذري بفداء ولده بفرقة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المذور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لان الحيوان ليس من ذوات الاشكال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر

(الثالثة) هو مخبر بن فداهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولـكن لا أدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بفرقة بقدرا القيمة أو القيمة وأياها أعطى أجزاء ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بفرقة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاقضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لوقت بعث الله سواء عاش أو مات بمد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا بعث في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح لإنشاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنينهم واما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فمما سواء لانها استوبا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيها من الخلاف مثل ما في ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجع من جهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجع به وكذلك لم يرجع به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

(مسئلة) (وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) (ثم بنوا الاخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الحنفية ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعية في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعية في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفق وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى مفعوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانها لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الوالد ولولا ذلك لايه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأنني هبته وكأنني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الرطب كما ضمن له سلامة الوالد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلي هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينها فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد فقال هي حرة عتقت وإن كان بالنظر غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجهة ذلك أن الولاية بعد الاخوة تترتب على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فبعد الاخوة بنوهم وان سفلوا ثم بنوا الجدة وهم أعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلي هذا لابي بنو أب أعلي من بني أب أقرب منه وان نزلت درجاتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم اشقاهم ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير العصابات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبي الام ونحوهم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافعية وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه يرثها فولياها كعصباتها

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى يعني إذا أدركن رواه أبو عبيد في القريب ولانه ليس من عصباتها اشبه الاجنبي

(مسئلة) (ثم المولى المنعم ثم عصباته من بعده الاقرب فالأقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فولياها مولياها يزوجها ولا نعلم خلافا في ان العصبة

الغرور من وكيله رجم عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجم عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الحرقي أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الامة اذا خالت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فوات أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فكذلك ولده على الاب لأنه لم يفره أحد ، وأما اذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره . يروى هذا عن علي و ابراهيم وجهاد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبته فالسيد مخير بين فدائها بتمتعها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ماوجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للمقد فيقول زوجته على أنها حرة فان لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن المقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في المقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له وانما فتجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجهها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المعتق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لانهم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضائهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ « فالسلطان ولي من لا ولي له » وروى أبو داود باسناده عن أم حبيبة ان النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالأب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختافت الرواية عن أحمد في

عنه باثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الفرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الفرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) ان الزوج ان كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يجرد الطول أو لا يخشى العنت فانه يفرق بينهما لاثنا بيننا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا ، وإن كان ممن يجز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فاعتقد صحيح والزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الحرقي فرضي بالمقام مع ما وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا خيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق

والا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بخرية الآخر فثبت له الخيار كالاخر فان الكفاءة وإن لم تعتبر فان عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقيم في الفرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فملكته منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها باعتقاد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالامة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كانه عبد له حكم أمه وكذلك من اعتق بعضها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لان بقيته حر بخرية أمه لا باعتقاد الوطى فان كانت مكاتبه فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال يزوج اذا احتاط لها في المهر والكف وأرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والحفاية وقال ما للوالي وذا انما هو الى القاضي وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها (فصل) إذا استولى أهل البني على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه

لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والخراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال ابو بكر ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها ، فان كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بإقرارها وذلك لان إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كإقرارها بجمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) اذا حملت المخرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته وبرئها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد لاسيد لانه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كانت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح والمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاءه فلا وياؤها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة ، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لانه لما ثبت

لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا في أن يزوجه نفسه وذلك لما روى أبو داود بإسناده عن تميم الداري أنه قال يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال « هو أولى الناس بحياه ومماته » الا أن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والاتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان نعم أحمد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بأذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض قال ابن عقيل أحد قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تمنع من ذلك قال شيخنا ، والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، وجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها وروي عنه أنه لا يجوز النكاح الا بولي لعموم الاخبار فيه

الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبتت للامة إذا غرت بهيد وكل موضع حكنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعده فلها المسمى لأنه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلاً بالكفاءة وقتلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبهه ما أو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير الذب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافي لها في الذب ، وإن لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشبه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه ، وذكر فيها اذا بان نسبه دون ما ذكر وجهه في ثبوت الخيار لها ان لم يخل بالكفاءة والاولي ما ذكرناه والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ويفديهم اذا عتق ويرجع به

على من غره)

وجملة ذلك أن المغرور اذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال ابو حنيفة يكون رقيقاً لان أبو بهرقيق وليس ذلك بصحيح فانه وطنها معتقداً حريتها فكان ولد حرّاً كولد الحر فان هذا هو العلة المقتضية

﴿ مسألة ﴾ (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية التزويج) لا نعلم فيه خلافاً لانه مالكا

وله التصرف في رقبته بالبائع ففي التزويج أولى ولا يزوجها الا باذنها

﴿ مسألة ﴾ (فان كانت لامرأة فولياها ولي سيدها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها ولي سيدها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الحرقى وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتدت في حقها لقصورها فثبتت لاولياؤها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى فان كانت سيدها رشيدة لم يحجز تزويج أمها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير اذنه وبغير نطقها بذلك وان كانت بكرّاً لان صماتها انما اكتفي به في تزويج نفسها لحياثتها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيرة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمها ان كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة وإهمال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصياتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ونقص قيمتها

للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبدة بحال الاب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنائته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجنابة لانه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جنابة منه وههنا لم يكن في الاولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتعجل في الحال، وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تبنت معه ابلاً ونهاراً ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لأنها مسارية لنسبه بخلاف تقرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالهر واجب لا يرجع به على أحد ، وان اختار الفسخ قبل الدخول فلامهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالهر واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الحسنان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين

(فصل) فان شرط انها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبهه مالو شرطها حرة فبانت أمة

والمرجوح كالمعدوم فان كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي الزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلاً لتزويجها نقلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فملك التوكيل كالرجل والمريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزوجه فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل انه ذهب اليه وهو قول ابي حنيفة لانها تملكها وولايتها نامة عليها فملك تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها واجارتها فملك تزويجها كسيدها ولان الولاية انما ثبتت على المرأة لتعميل الكفاءة صيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانّت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانّت دونه أو شرطها بيضاء فبانّت سوداء أو شرطها طويلة فبانّت قصيرة أو حسناء فبانّت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور: القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته، ومن أزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي. وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذرا. كانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب العذرة يقينا. وعن الحسن والشافعي وإبراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأة عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعبس والحمل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانّت أمة أو يظنها مسلمة فبانّت كافرة أو تزوجت عبدا فظنه حرا فاهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبدا فظنه حرا فلها الخيار، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار، وقال بعضهم فيها جميعا قولان ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ويمنع كل استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة (فصل) وان شرطها أمة فبانّت حرة أو ذات نسب فبانّت أشرف منه أو على صفة دينية فبانّت خيرا من شرطه أو كافرة فبانّت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانه زيادة، وقال أبو بكر له الخيار إذا بانّت مسلمة لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والاول أولى

تزوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فقيرها أولى.

(فصل) وبزواج عتيقتها من بزواج أمتها ذكره الخرقي وفيها روايتان (أحدهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترتها فاشبهت المعتق (والثانية) يزوجها ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية لنكاح المرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تذر على المعتق تزويج عتيقته، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباة الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الخرقي ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من بزواج أمتها وبزواج أمتها من يزوجها، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها وباعتبار في ولايتها شرطان (أحدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب اقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن الزوجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وان فسخ بعده وكان التفرير من له المهر فلا شيء عليه أيضا ، وان كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار فان كان التفرير من أوليائها رجع عليهم وان علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده لانه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لان حقوق الآدمين في العمد والسهو سواء .

(مسئلة) قال (واذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح راذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر اذا لم يكن بينهما فصل فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول .

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى وإسحاق وقال الاوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المرزوي عن أحمد إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم اركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولانها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزبل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الرطب بالمسمى فانه لو قال بعثت هذه الامة على أن تزوجنيها باليمن لم يصح

ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة ما أصدقها قال نفسها عتقها وروى الاثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول اذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم

لانه حره وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصابات ولا يعتبر اذن مولاتها لانه لا ولاية لها ولا ملك فاشبهت القريب الطفل اذا زوج البعيد

(فصل) فان كان للامة مولى فهو وليها وان كان لها موليان اشتركا في الولاية وليس لواحد منهما الاستقلال بها بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا بعضها وان اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرية فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها نفعه عائد اليه فلم ينب السلطان عنه فيه فان أعتقها ولها عصة مناسبة فهو أولى منها وان لم يكن لها عصة ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على بعضها فان اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لانها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وان كان المتيق أو المعتقة واحدا وله عصبان كالابن والاختوين

النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر وتقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يزوجهها كالإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقاً شبه ما لو تزوج امرأة هو وإياها وكما لو قال الخاطب بولي أزوجت؟ يقال نعم وقال الزوج أفبات؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالسكنيات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح انعقد بقوله أعنتك وجعلت صدقتك وتزوجتك، وبذلك خالياً عن قوله: وتزوجتك وهذا لفظ الخرق وهو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عنتك صدقتك وجعلت صدقتك عنتك وهذا معنى قول الخرق سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عنتك صدقتك أو صدقتك عنتك كل ذلك جائز

(الفصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعنتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قل جعلت عنتك صدقتك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا بأشراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله « لا نكاح إلا بولي وشاهدين »

(الفصل الخامس) أنه إذا طلقها قبل الدخول رجم عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجم بنصف قيمة نفسها وهذا قال الحسن والحكم وقل الأوزاعي يرجم بربع قيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الاتفاق فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تكون ديناً تنظر به إلى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا انعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بهوض لم يـلم له فرجم إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلا حدما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدها .

(مسئلة) (ويشترط في الولي الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل)

وجملته أنه يعتبر لثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام إذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ، والعدالة على اختلاف تذكره فاما العقل فهو شرط بغير خلاف لأن الولاية إنما ثبتت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله مجنون أو كبير كالشيخ إذا أقند قال

الدخول أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه - لم في نكاح فلم يلزمها كما لو كان أسلف حرة ألفاً على أن يتزوجها ولانها أسقطت حتمها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفيعه قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كاليوم الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبد أعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبهه مالو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق وبطائها بهائي الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصحهما في المفسر هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقاً لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له، فاما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يحسن في الاحيان لم تنزل ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالاعماء .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجه العبد باذنها بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسئلة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى، قال أحمد بلغنا ان علياً أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانياً

(الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا ن لا يثبت لها ولاية على غيرها أولى، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومعتقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صالح صدقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . إذا ثبت هذا فإن العتق بصير صدقا كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجها نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بملك به فإذا اشترطت عليه أثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن يملك داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الأثرم قالت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها فقال نعم قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبي ثور وروى عن أحمد أنه إذا بلغ عشرة زوج وتزوج وطلق وأجرت وكانت في الطلاق وبمحملة كلام الحنفي لتخصيصه المملوك الولاية بكونه طفلاً ، ووجه ذلك أنه يصبح بيعة وطلاقاً ووصيته فتثبت له الولاية كالبالغ ، والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظراً له والصبى مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة والاصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطاً روايتان (أحدهما) هي شرط قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الخليل وابن الجعد استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانقضاء عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روى عن ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال أحمد أصبح شيء في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وإما امرأة إنكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى البرقاني بإسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولأنها ولاية نظار فلا يستبد بها الغاصق كولاية المال

ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران « متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن اليها بأعفائها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وأيسر في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى أن استبراء سوا . كان بطؤها أو لم يكن لان الاستبراء احياء الماء ولا يسان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجه حتى يستبرئها لانه كان واجبا فلا يسقط باعتاقه لها ، قال أحمد في الرجل تكون له الأمة لا بطؤها فيعتقها لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان بطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها في مائه ، قال القرافي معنى قوله ان كان بطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا بطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجه حتى يستبرئها ، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ولا يلزمها استئناف الاستبراء لان الاستبراء وجب بالشراء لا بالعقد فيحسب ابتداءه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجه ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا يلزمه شيء . لانه لا فائدة له في العتق وانما أنه أزال ملكه عن عبده بهوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طاق زوجتك وعلي ألف فطأها أو قال اني متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مفتي ابن جامع أنه سأل أحدا إذا تزوج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الحنفية لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قواي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فثبت له الولاية على غيره كالمعدل ولانه يثبت الولاية لقربة وشرطا النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالمعدل .

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيباً زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجوز أن يلي الآخرس اذا فهمت اشارته لأنها تنوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

(مسألة) (فان كان الاقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً زوج الأبعد) لان الولاية لا تثبت لطفل ولا عبداً ولا كافراً على مسلمة فند ذلك يكون وجودهم كعدمهم فثبت الولاية لمن أبعدهم منهم إذا كانت فيه الشروط كما لو ماتوا .

(مسألة) (وإن عضل الاقرب زوج الأبعد وعنه يزوج الحاكم) العضل منع المرأة من التزويج بكفائها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ،

(مسئلة) قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح اذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم ، حقاً ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صحيحاً لا يفتر إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك (فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلت انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتر إلى النية ، والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانهقد به كما ينعقد به اليم وسائر العقود وقولهم يفتر إلى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف الا إلى المذكور

(فصل) وبنعقد النكاح بالفظ الانكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً وهما الاذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكم) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول زوجتك ابنتي هذه فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا ففني وجد ذلك انتقلت الولاية الى الابد نص عليه احمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضاائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فلا بد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر ، فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لما لقوله السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لها ولي ويمكن حملها على ما اذا عضل الكل فان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) انها حق للولي والدين عليه . (الثاني) ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولي وفسقه (الثالث) أن الدين لا يتميز في بقاءه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا ، فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المصيبة وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والمليك، وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان، وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال « قدما كنتكما بما معك من القرآن » رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانهقد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بجارزه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روي زوجتكما وأنكحتكما وزوجناكما من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وان كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة (فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانهقد به كما ينعقد بلفظ العربية

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روي عن معقل بن يسار قال : زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء بخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقها ثم جئت بخطبها لا والله لا امرؤ إليك أبداً وكان رجلاً لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية (لأنه مصلوهم) فقلت الآن أفعل بأمر رسول الله قال « فزوجها إياه » رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بمهر مثلاً أو دونه، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة له منعهما من التزويج بدون مهر مثلاً لان عليهم في ذلك عار وفيه ضرر على نساها لنقص مهر مثلهن ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كضمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد ان يزوجه « التمسوا وخاتماً من حديد » وقال لا رأة زوجت بنعلين « أرضيت من نفسك بنعلين ؟ » قالت نعم : فأجازته النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرومة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في رجل بعينه وهو كفء فأراد تزويجها لغيره من أكتافها وامتنع من تزويجها من الذي أراده كان عاضلاً لها فان طلبت التزويج بغير كفء، فله منعها منه ولا يكون عاضلاً بذلك لأنها لو زوجت بغير كفء كان له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداءً أولى

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس وبححتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ووجه الأول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلمه أركانه بالعربية كإيتم بخلاف التكبير ، فان كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه ، فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً (فصل) فأما الآخر من فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كبيعته وطلاقه وإمانه ، وان لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدرون صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه المعاهد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لان الخرس لا يوجب الحجر فهو كالصمم

(فصل) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بالنظر الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بالنظر الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكما . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لأن قد وجد الإيجاب والقبول فيصح كولو تقدم الإيجاب ولنا أن القبول إنما يكون بالإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

(مسألة) (وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وهي مالا تقطع الا بكافة ومشقة في ظاهر كلام أحد وقال الحرقي مالا يضل اليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، وقال القاضي مالا تقطعه القافلة في السنة الا مرة ، وقد قال أحد اذا كان الأب بعيداً سفر زوج الأبعد . قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة)

الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم بهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجه الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

وانا قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي لها» وهذا أولى فلا يكون السلطان وإياها ولان الأقرب تعذر حصول التزويج منه فنبت الولاية لمن يليه من العصبات كما وجن أومات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك الأبعد كالأصل وإذا عضلها فهي كمستلثنا

(الفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الحرقي هي مالا

بالفظ الاستفهام ، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بالفظ الطالب لم يصح فإذا تقدم كان أولى كصفة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما البيم فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة . ولأنه لا يمتنع فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلم لأنه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لأن النبي ﷺ قال : ثلاث هزلن جد وجدهن جد : الطلاق والنكاح والرجعة . رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر . وقال علي أربع لاعبين : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعارضات فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب فإنه لا يوجد . ثم قال لا عراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك ان تشاغلا عنه بما يقطعه لأنه معرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله . وقد قل أبو طالب عن أحد في رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على ألف فرجوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مسألة أبي طالب ترجعه على قولين واختار أنه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لأن مثل هذا يتمذر مراجعته بالسكابة فتكون منقطعة أي تنقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد الترافل فيه في السنة الا مرة لأن الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها ، وقد قال أحد في موضع اذا كان الأب بعيد السفر زوج الأخ . يحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر البعيد الذي علق عليه الاحكام . وذكر أبو بكر وجوها (أحدها) لا يقطع الا بكلفة ومشقة لأن أحد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا نذكر الا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها إلى الصواب فإن التحديدات بأمر التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فتد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فإنه يتمذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعذور ، والتحديد بالعام كثير فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكانته فيكون التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو اغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا (فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نهلم أحداً خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمعاملة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولأن ثبوت الخيار فيه ينفذي إلى فسخه بعد ابتداء المرأة فإن في فسخه بعد العقد ضرراً للمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء» رواها ابن المنذر ويحرم من ذلك أن يحمداً الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال فيها «الحمد لله الذي جعل في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون) اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام إن الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وقال بعضهم من الرقة إلى البصرة، وهذا القولان يشبهان قول أبي بكر، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القمر، وقال بعضهم يزوجها الحاكم، وإن كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة غير منقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) فإن كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا وكذلك إن كان غائباً لا يعلم أقرب هو أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

﴿مسئلة﴾ (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وذكر شيخنا هنا أن فيه وجهاً أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لأنها مملوكة فيلي نكاحها كالسلم، ولأنه عقد

كان عليكم رقيقاً - اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن قال الحلال ثنا أبو سليمان امام طرسوس قال كان الامام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبدالله بن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبدالله من المبالغة في استحبابها لا على الايجاب فان حرب بن اسماعيل قال قالت لاهد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسم في ذلك وقد روي عن عمر أنه كان إذا دعي ليزوج قال لا تقصروا علينا الناس الحمد وصل الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسيبحة الله والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرها وقال الشافعي المسنون خطبة ان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من تزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا داود فانه أوجبها لما ذكرناه ولنا أن رجلاً قال للنبي ﷺ يا رسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ فزوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحناك على ما أمر الله على امساك بمعروف أو نهي عن منكر باحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتمرق العرق رواها ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد

عليها فبليه كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع **(مسئلة)** (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها لكافر لانها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لان ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبت له الولاية عليها كالمسلمة

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين

(مسئلة) (ويلى الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم (المفني والشرح الكبير) (٥٥) (الجزء السابع)

ولأنه عقد معاوضة فلم يجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

(فصل) ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار «آتيناكم آتيناكم فخبونا نحبكم لولا الذهب الأحمر ما علمت بواديتكم ولولا الخطبة السوداء ما علمت عذاريتكم» لا على ما يهضم الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولولا الخطبة الحمراء ما علمت عذاريتكم»

وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فقبل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح» رواه النسائي . وقال عليه السلام «أعلنوا النكاح» وفي لفظ — أظهروا النكاح — وكان يجب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ «واضربوا عليه بالغربال»

وعن عائشة أنها زوجت بتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجعت من رسول الله ﷺ «ما قلتم يا عائشة» قالت سلنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال — ان الانصار قوم فيهم غزل الا قلتم يا عائشة آتيناكم آتيناكم فخبانا وحياكم؟ » روى هذا كله ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ (فصل) فان عقده بولي وشاهدين فأمره أو توأما أو بكتمان كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياء بعض (وهل يليه من مسلم؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً ولأنها امرأة لها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي (والثاني) لا يزوجه الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿مسئلة﴾ (وإذا زوج الابعد من غير عذر للاقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح

ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب واجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي فصح أن يزوجه باذنها كالاقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للابعد مع وجود الاقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ومن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله ابن عتبة والشافعي ونافم مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أحد قال إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه وهذا مذهب مالك والحجة لهذا ما تقدم في الفصل الذي قبل هذا ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولأنه عقد معارضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه ، وقول أحمد : لا ، هي كراهة فانه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولأن اعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطاً لا اعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « مسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال « ما هذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا تزوج الاجنبي أو زوجت المرأة المتبرأ منها بغير إذن أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فإن أجازته جاز وإن لم يجزه فسد قال أحمد في صغير زوجه عمه فإن رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت وقال إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكرا أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ولأنه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الاوقية أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروي صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فعلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك نقل اللهم برك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارضاهم مني وارضقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك. وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليها وإذا اشترى بهيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك »

(مسئلة) قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يحكي عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح نسما أقول الله تعالى [فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو لجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للاجماع وترك للامة فان رسول الله ﷺ قال : افيلان بن سلمة حين أسلم ونحوه عشر نسوة « امسك أربما وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث فلم ينعقد كتنكاح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتدل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ايرفع به خسيسته فتخيرها لتزويجها من غير كفئتها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تقرب على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بعقد ولأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق بما ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان مما لا يجيزه لم يرثه (فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها والامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده
واذا منع من استدامة زيادة عن أربع فلا ابتداء أولى فالآية أريد بها النخير بين اثنتين وثلاث وأربع
كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراء ذلك لقال
تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي ﷺ فمخصوص
بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

(مسألة) قال (وليس للعبد أن يجمع الاثنتين)

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فذهب أحد أنه لا يباح
لإلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء
والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله
وطاوس ومجاهد والزهري وربيعه ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه
طريقه المدة والشهرة فساوى العبد الحر فيه كلاً كـول.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعاً ، وقد روى
ليث بن نبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال . أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح
أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل
الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلقة باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصریح النبي صلى الله عليه وسلم فيه
بالبطلان ولأن الاجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الأهل كالذي
عقده المجنون أو الطفل فلم يقف على الاجازة وهذا عقد لم يصدر من أهله فان المرأة ليست أهلاً له
بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الاذن القارن فأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع
على هذا القول وأما على القول الآخر فتى تزوجت بغير اذن الولي فيرفع الى الحاكم لم يملك إجازته
والامر فيه الى الولي فتى رده بطل لان من وقف بالحكم على اجازته بطل برده كالرأة اذا زوجت
بغير اذنها وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازته
الحاكم لانه لو امتنع صار عاضلاً فانتقلت الولاية منه الى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الاصابة
قبل الاجازة ثم أجزى فالمهر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى فان الاجازة
مسندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ولذلك لم يجب الحد ومتى
تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من تحل له انقسخ النكاح ولأنه
قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها لأنها أقوى فأزالت الاضيق كما لو طرأ ملك اليمن

كان؛ محض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيمانكم) وبفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولأن فيه ملكاً والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿مسئلة﴾ قال (وله أن يتسرى بأذن سيده)

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحامد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي، ولا شافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولى؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك بمن لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فإن النبي ﷺ قال «من اشترى عبداً وله مال فجعل المال له ولأنه أدى فملك المال كالحر وذلك لأنه بأدميته يتمد لاهلية الملك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وإن خرجت إلى من نحل له كالمرأة أو اثنتين فكذلك أيضاً لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجوز بإجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجنبي وفيه وجه آخر أنه يجوز بإجازة المالك الثاني لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالاول ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فأما أن أعنتها السيد احتمل أن يجوز النكاح لأنه إنما وقف لحق المولى فإذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لأن إبطال حق الولي ليس بإجازة ولأن حق المولى أن يطل من الملك لم يطل من ولاية الزوج فانه يابها بالولاء

(فصل) وإذا تزوجت التي يعتبر اذنها بغير اذنها وقلنا يقف على إجازتها فأجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء والمطالبة بالمهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة «ان وطئت زوجك فلا خيار لك» جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿مسئلة﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً ووصيه في النكاح بمنزلة)

خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكليف وإداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطانة لا حياة فيها باعتبار ما له إلى الأدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التمسري إلا بأذن سيده أو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص وأسيده نزع منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بأذن سيده فإن أذن له فقال تسربها أو أذنت لك في وطئها أو مادل عليه أبيع له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ماله لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسري بغير إذن سيده فالولد ملك سيده (فصل) وله التسري بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لأن من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحر فإن أذن له وأطلق التسري تسري بواحدة وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور، وإذا أذن له في التزويج فقد على اثنين في عقد جاز . ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة محتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا ؟

(فصل) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسري إلا بأذن سيده لأن في ذلك إنلاقاً للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وأما المعتق بمضيه فإذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه يلي بالأذن فلم يجوز له التوكيل كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم إنه يلي بالأذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبه ولايته الحاكم عليها ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الولاية من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول إذا وجدت من أَرْضاه فزوجه فتزوجها جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت لها كفواً فزوجها ولو بشراك ففعل فزوجها عمر بن عثمان بن عفان فهي أم عمر بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه أذن في النكاح فجاز مطلقاً

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير إذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولأن ملكه تام فإنما له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كماله أن يتصرف ويأكل ما يملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من من ذلك بأنه لا يمتدحه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعه التزويج حتى بأذن له سيده

ولنا أنه لاحق لسيدته فيها ولا يلحقه ضرر باستماتته منها فلم يعتبر أذنه فيها كاستخدامها وأما التزويج فإنه يلزمه بحقوق تتعلق بمجتمعه فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بتدقيق الحق بملكه بخلاف مستثنى فان الحق له لا عليه فأما أن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من من العبد التسري لأنه كالقن في قولهم (فصل) نقل محمد بن مهران عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هاني. ويعقوب بن مختار ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بأذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل أنه أراد بالتسري هنا التزويج وسماه تسريا مجازا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كالزوجه

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أبا أو غيره ولا يفتقر إلى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المحبر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضور شاهدين لأنه يراد بحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا لإشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لتمكنت من عزله وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخلاف النكاح ويطلب ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاماء للتسري

(فصل) ويثبت للوكيل ما ثبت للموكل فإن كان للمولى الإيجاب ثبت ذلك لو كيله إن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى مراجعة المرأة لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبتت للنوب عنه وكذلك الحاكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الحنفي وهذا قول الحسن وحامد بن أبي سليمان ومالك وروى عنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشافعي والنخعي والحرث المكي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولأنها ولاية تنقل إلى

(مسئلة) قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه)

وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك أن تزوج الحر أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فالنحرىم باقى بحاله فى قولهم جميعاً . وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند أماننا حتى تنقضي عدتها ، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبقال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الراى وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو نور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما فى النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نسكاحن ثم قال (وإن نجمعوا بين الاختين إلا ما قد سلف) مطوفاً عليه والباثن ليست فى نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجمعت الصحابة على شيء كاجماعهم

غيره شرعاً فلم يجوز أن يوصى بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبه لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبه جاز لعدم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً بمقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كالإخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإيجاب فكذلك لوصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك إن عين الاب الزوج ملك إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجه بأذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الاب الصغيرة فبلفت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

على أربع قبل الظاهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ما به في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان الوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبي شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلق قبل الدخول بها .

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بمخلع أو رضاع أو فسخ بغيب أو إيسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلم في عدة الأولى اختار منها واحدة كما لو تزوجها معا وأزاسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانث وثبت نكاح الثانية (فصل) إذا اعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبرأؤها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجوز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عهر من جمع ما به في رحم أختين ولا ينم من نكاح أربع سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لا يصح توكله لأن وكيه قائم مقامه فان وكاه الولي في تزويج موليته لم يصح لأنها ولاية ليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبتة بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية لأنه يعتبر لها السكال ولا حاجة إليه في اللفظ وإن وكله الزوج في قبول النكاح صح وكذلك أن وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير لأنه يصح قبولهم لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد أشبه الإيجاب والأول أولى

﴿ مسألة ﴾ (وإذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة والأعمام وبنهم صح التزويج من كل

واحد منهم لأن سبب الولاية موجود في واحد منهم)

﴿ مسألة ﴾ (والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم)

لأن النبي ﷺ لما تقدم محبسة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر فتكلم حويصة ولأنه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحظ فان تشاحوا اقرع بينهم لأنهم تساوا في الحق وتعذر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى
(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم للطول خائف للعت فتأبى له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان
(فصل) وان زنا بامرأة فليس له أن يزج بأختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فان زنا بأخت امرأته فقال أحد بمسك عن وطء امرأته حتى تمضي ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزي بها أنها تستبرئ بحیضة لأنه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح وبمحمول أن لا يحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها

(فصل) وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضائها فيها وكذبه أبى له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فينبى على صدقه في ذلك لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكنائها ونفي النسب لأنه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لأنه قول

ينهم كالمراش وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أفرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هذا

(مسئلة) (فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجهين اذا زوج كفواً باذن المرأة)

لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وإما القرعة لازالة المشاحة وفيه وجه آخر انه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالأبعد مع الأقرب
(مسئلة) (واذا زوج الوليان اثنتين ولم يعلم السابق منها فسخ النكاحان)

وجملة ذلك ان المرأة إذا كان لها وليان فاذنت لكل واحد منها في تزويجها جازسواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منها فالنكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهرى وقنادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر رضي الله عنه اذا أنكح الوليان فالاول أحق ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ما روي سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للاول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً لاحدهما على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاً له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائتم كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بتمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في يبنوتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن خطب امرأة فزوج غيرها لم ينفق النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينفق النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بشرب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجه أختها ثم علم بعد بفرق بينها ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجوز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولت منه يلحق به الولد وقوله بجوز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني زوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم الحال ولانه نكاح باطل لو غري عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لا معنى له فان النكاح يصح بغير قبض مع أنه لأصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصحبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد باطل لا يوجب شيئاً فان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحمل له وطؤها حتى تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحمد لها صداق بالميسر وصداق من هذا ولا ترد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعت اليه لان الصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ولا يحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لاحكم له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عقده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احدها والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان اتفقوا على تجديد عقد في احدها أيتما كان جاز ،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قبل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية نظاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره . وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويهتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الإشارة تكفي في التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيذاً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيذاً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

﴿مسئلة﴾ (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم أن احدها قبل الآخر لا يمينه أو يعلمه بيمينه ثم بشكل والحكم في جميعها واحد وهو ان يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منها أو من غيرها وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساري كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند احدها وتعتبر الانصاء في القسمة وقال الثوري وأبو ثور يخيرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طليقة فان أيا فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه تعذر امضاء العقد الصحيح فوجب ازالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا هنا ، وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحامد بن أبي سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوجه لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأييداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح إذا نويها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح معتبر فيه الشهادة على وجه يمكن ادائها إذا ثبت به العقد وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يباين ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما بنويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حنص ، وقال القاضي يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبهه ما لو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها ففيما إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها

فإنه يستغنى بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التقريب بينهما وبينهما جميعاً ويفسخ أحد النكاحين عن فسخهما فإن أبت أن تختار لم تحجب وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوَقعت القرعة لأحدهما لم تحجب على نكاحه لأنه لا يعلم فتيمن إذا فسخ النكاحين ولها أن تزوج من شاءت منهما أو من غيرها في الحال أن كان قبل الدخول وبعد انتضاء العدة أن كان دخل بها أحدهما

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما فإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك فلم يقبل في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق فإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبهه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لهما على واحد منهما ولا ميراث لهما منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وإن لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كسئلة الخرق فيما إذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه وبمحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بالفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كالأول نوبها ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بنصر اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان قوله بنتي آكد من التسمية لانها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بنصر اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبهه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يملكان ما فيها ولو قال اذا وادت امرأتي بنتاً زوجكته لم يصح لانه تعليق بالنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا يعتد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالفها وقال أبو بكر لا مهر لها لانهما مجبران على الصداق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسرتة أو غيبته وان ماتت قبل الفسخ أو الطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطاحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف انه المستحق وورث وان مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فان كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراث من أقرت له فان كان أحدهما قد ادعى ذلك ايضاً دفع اليها ربع ميراثه وان لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فان نكلوا قضى عليهم وان لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل ان يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل ان يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقدروى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الاب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهما فأيتهن أصابتهما القرعة فهي زوجته وان مات الزوج فهي التي ترثه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه وان ماتا ورثت المقر له دون صاحبه لذلك وان ماتت هي قبها احتمل ان يرثها المقر له كما ترثه واحتمل ان لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لأحدهما الا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته وليس لورثة

(مسئلة) قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ما أوفيت به من الشروط ما استحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجهة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة (أحدها) ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود اليها نفسه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولاً يسافر بها أولاً يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح بروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاذاعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث واثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبين على التغليب والسرارية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « ان أحق ما أوفيت به من الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد وفي

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أفرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فاما المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواء ، وان كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر له بالمسمى . فان استويا أو اصطاحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

(مسئلة) (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لانه ملك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعاً)

فان كان مالكا لا أحد طرفي العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أو وكله المولى في الإيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسئلة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يجز ذلك إلا برضاها لانه يكافئها ويخرج فيه أيضاً وجهان وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز

فان أحق الشروط أن توفرا بها ما استحلانم به الفروج « متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فتحان اجماعاً وروى الاثرم باسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشروطها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا تطلقنا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المنصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل، وقولهم ان هذا يحرم الحلال قدا لا يحرم حلالاً وإنما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحته قلنا لاننا لم ذلك فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقد كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد

إذا ثبت انه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط اذا تطلقنا فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع

(فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضررتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا نسأل المرأة طلاق أختها لنكح »

(مسئلة) (وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزويجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين)

وجملة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أنجعلين أمرك إلي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لانه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، فان قيل فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لا تعرف صحته ولو صح كان مخصوصاً بما اذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتعدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يقتصر إلى ذكر الايجاب والقبول ، وهل يكفي بمجرد (المغني والشرح الكبير) (٥٧) (الجزء السابع)

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لانه لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبهه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لفيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساد ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

(القسم الثاني) ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو أن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبته أو أكثر أو لا يكون عندها في الجملة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تهود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالأمور فجاز أن ينقذ مع الشرط الفساد كالإتيان فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لأرضي إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضي إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شئت

ونقل عنه الأثر في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الأيام يجوز الشرط فإن شئت رجعت . وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

الاجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما افتقر إلى الإيجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز أن يتولى طرف في العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بأذنها ذكرها الحرقي قال أحمد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلا يزوجه امرأة المغيرة أولى بهامنه ولأنه عقد ملكة بالأذن فلم يحز أن يتولى طرفه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكة بالأذن فلا يتولى طرفه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لفيره

النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط . يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ومن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سائبان وابن شبرمة

وقال الثوري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يربان بنكاح النهاريات بأسا . وكان الحسن لا يرى بأسا أن يزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، وأهل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم

وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء . احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط بنافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك أن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة ماله اشترى شيئا على أن لا يقبضه . وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوطء حقه عليها وهي لا تأكله عليه ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تلك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المنة أو أن يطلقها في وقت بهينه أو يطلقه على شرط . مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النكاح لها أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

فصح أن يليه عليها له إذا كانت نخل له كالإمام إذا أراد أن يتزوج موليته ولأن هذه امرأة لها ولي حاضر غير عاقل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فإن الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل (فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يحز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا زوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى اذنها للوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجها إلا باذنها وإن وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج إلى اذنها لأنها قد أذنت له

﴿مسألة﴾ (وإن قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح فإن طلقها قبل الدخول

رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك إن قال جعلت عتق أمي صداقها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابر الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما روايتين (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال ابو ثور فيما إذا شرط الخيار ، وحكماء عن أبي حنيفة وزعم أنه لا خلاف فيها ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق إذا تزوجها على أنه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا ولا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والأوزاعي وروى ذلك عن الزهري ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام « المستعون على شروطهم »

(والرواية الأخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال ان رضيت أمها أو إن جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح بنفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح فلا نكاح لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ويخالف البيهق فانه إذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر . فإذا ثبت هذا في الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأمان فثبت فيه الخيار كالببيعات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم يوافق على شيء

سنة بن عبد الرحمن والحسن والزهري وإسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فان أبت فعليها قيمتها قال الأوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المروذي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً بزوجه ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانها كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فانه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح ولنا ما روي أن أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك . ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخلو بها)

لا أعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها. رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا، ولأن النكاح عقد يقتضي التملك فكان للعاقد النظر إلى المعتد عليه كالنظر إلى الأمة المستامة ولا بأس بالنظر إليها باذنها وغير اذنها لأن النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أتخبأ لها، وفي حديث عن المغيرة بن شعبه أنه استأذن أوريا في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد. ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة الواقعة المحظورة فإن النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظرة تلذ وشهوة ولا لرؤية قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر الى وجهها وذلك لأنه ليس بعورة وهو محرم المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة، وحكى عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر إليها»

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم الأثر فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي أزوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنيات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك كذلك ذكره الحنفي ونص أحمد في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزا، وبشروط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال أعتقتك وسكت سكوتا يكمنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج إلى أن يتزوجها برضاها بمقد وصادق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لانكاح إلا بولي وشاهدين.

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطائفها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل

وانا قول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) وروى عن ابن عباس انه قال الوجه وبطن الكف ولان النظر محرم أبيع للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي راثياله كما قال الله تعالى (وإذا رأيتم تعجبك أجسامهم * وإذا رأيك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالسكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه رواية ثان.

[احدهما] لا يباح النظر اليه لانه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فإن عبداً لله روى أن النبي ﷺ قال « المرأة عورة » حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ما عداه على التحريم [والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قال أبو بكر لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاضرة وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والسكفين ووجه جواز النظر ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن أفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً فأبيع النظر اليه كالوجوه ولأنها امرأة أبيع له النظر اليها بأمر الشارع فأبيع النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن صفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فمارده فقال نرسلك بها إليك تنظر اليها فركشفت عن ساقها فقالت ارسل لولا أنك أمير المؤمنين لأطمت عينك بها (فصل) ويجوز الرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والسكفين

الدخول بوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الاتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسمى فيها أو يكون ديناً تنظر به إلى حالة القدرة؟ على روايتين، وإن قلنا ان النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك ان قلنا ان النكاح انقصد به فارتدت قبله أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(مسئلة) وان قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها)

لأنه ساق في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف حرة الفاء على أن يتزوجها ولأنه أسقط حقه من الخيل قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحد

والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوها قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يبدن زينتهن) إلا الكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحد النظر إلى ساق أمه وصدرها على الترتي لأن ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أمي لقلت أينما العجوز غطي شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعوثهن) الآية وقالت سهلة بنت سهيل يا رسول الله إنا كنا نرى سألماً ولداً ركان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلاً وقد أنزل فيهم ماءً لم فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فانها قالت يراني فضلاً ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق إلا لبسة المنفصل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر فكان يراها كذلك إذا اعتقدته ولذا ثم دلهم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبدته اعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك . وتعتبر القيمة حال العتق ويطالبها في الحال ان كانت قادرة عليها وان كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وان اتفق السيد والامة على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقاً لكن ان تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلا أن يكون عوضاً في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على ما يستدعون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة أنها ارتضعت من أمها امرأة الزبير قالت فكنت أراه أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ بيعض قرون رأسي ويقول اقبلي علي، ولأن التعرض من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر إليه كما نجت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «ايذني له فإنه عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله تعالى آباء بهواتهن وأبناء بهواتهن كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم، وتوقف أحد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها لأنها غير مذكورتين في الآية، قال القاضي إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به، وقد صرح في رواية المروذي أنه محرم يجوز له المسافرة بها، وقال في رواية أبي طالب: ساعة يعقد عمدة النكاح فحرم عليه أم امرأته، فله أن يرى شعرها ومخاضها ليست، مثل التي يزني بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من حسنها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب محرم فلم يقد إباحة النظر كالمحرمة بالأمان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم لقراءة المسئلة، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها

إذا ثبت هذا فإن العتق يصير صداقاً كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعتق عتقها بصفة وأم الولد حكم الأمة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس تزويج من أعتقها لوجه الله تعالى قال الأثرم قلت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها قال نعم ذلك إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء ولنا ما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران» متفق عليه ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بأعفائها وصياتها فلم يكره كما لو تزوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً

(فصل) وإذا قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لأنه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في أحد القولين لا يلزمه شيء لأنه لا فائدة له في العتق

ليس هو محرماً لها ، والظاهر انه اراد ليس محرماً لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطرت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفها لقول الله تعالى (أو مملكت إيمانهم) وروت أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال « إذا كان لاحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فانتحجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال كان أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه ، وعن أنس أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعد قدومه لها وعلي فاطمة ثوب اذا قعنت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يباغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال « انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبو دارود ، وكره أبو عبد الله له أن ينظر الى شعر مولاه وهر قول سعيد بن المسيب وطائفة ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولأن الله تعالى قال (لا تأذنكم الذين ملكت إيمانكم والذين لم يباغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح لذلك كذوي المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولأنه محرم عليها فكان محرماً كالأقارب

ولما ما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولاها لا تحرم عليه على التأيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرماً كزوج أختها ولأنه غير مأمون عليها

ولنا انه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك على ألف فطلقها أو ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الأصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا ينقذ الا بشاهدين عدلين بالغين عاقلين وان كانا ضريرين) المشهور عن أحمد ان الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعلمه ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا أعلنوه قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في نقلة ذلك ضعفاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملاحة لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيع له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالمشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فإدام طملا غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء ، وان عقل فقيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لان الله تعالى قال : **لَا يَسْتَأْذِنُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ - إِلَى قَوْلِهِ - لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بِمَدِّهِمْ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ - إِلَى قَوْلِهِ - وَإِذَا بَلَغَ الْإِنْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ)** فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال أبو عبد الله : أبو طيبة حرم نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى) قوله او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء وقبل لابي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام ؟ قال اذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأبئ منها وما ننذر ؟ فقال لي « احفظ عورتك الامر زوجتك أو ما ملكت يمينك ؟ رواه الترمذي وقال حديث حسن ولان الفرج محل له الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه بكفية البدن ، ويكره النظر الى الفرج فان عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه ، وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس قال الناس ما ندري أن زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد فلما أراد ان يركب حجبها فعملوا انه تزوجها متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع ، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الحلال باسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو لولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام ، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يحز ذلك لما روى أبو عبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

ممي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رفاق لا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك (فصل) ويباح للسيد النظر الى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك سرية وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأببح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أغيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فإنه عورة رواه ابو داود ومفهومة إباحة النظر إلى ماعداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فانه قد صارت مباحة للزوج ، ولا نحل امرأة لرجلين فان وطئها لزمه الأثم والتعزير وان ولدت فقال احمد لا يلحقه الوالد لانها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الأجانب. يباح للطبيب النظر الى ما تدعو اليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ لما حكم سعد في بني قريظة كان يكشف عن مؤزرم وعن عثمان انه أتى بفلام قد سرق فقال انظروا الى مؤزرم فلم يجدوه انبت الشعر فلم يقطعه ولا شاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينيها ، قال احمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وان حامل امرأة في بيع أو اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع اليها بالدرك وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه ان يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني العدالة) ففي انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احدهما) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانه تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط العدالة ظاهر وهو ان لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسدا لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت العدالة الباطنة شرطا لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط انما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انها نكحتا بولي وشاهدي عدل قبل منهما وثبت النكاح بشهادتهما (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانهما ليسا من أهل الشهادة ولا لهما قول يعتبر (الرابع البلوغ) فلا ينعقد بشهادة صبيين لانهما ليسا من أهل الشهادة اشبهما الطفل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فإنه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحد لا يأكل مع مطلقة هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رفاق فأعرض عنها ، وقال « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتمهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « اذا كان لاحداكن مكتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبين منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جوير بن عبد الله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجأة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وابست لك الآخرة » رواها أبو داود وفي اباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الاطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انهما من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض والاول أصح لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقبلت من الضرير كالشهادة بالاستفاضة ، ويعتبر ان يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيها كما يعام ذلك من رأيها وينعقد بشهادة عبدین وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسند ذكر ذلك في موضعه ان شاء الله ، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر المذهب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فان كان معهن رجل فهو أهون فيحتل ان هذا رواية اخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث امماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه
(فصل) والعجوز التي لا يشتي مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالباً بقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يفضوا من أبصارهم * وقل للمؤمنات يفضن من أبصارهن) الآية قال قدس سره واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً الآية وفي معنى ذلك الشوها التي لا تشتي

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى امرأة متلثمة فضرها بالدرة وقال يا لسكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص باسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقف في خلافته وقال إنما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صنية قال الناس لا ندرى أجهلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأها خلفه ومد الحجاب بيته وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والامة لقوله تعالى (ولا يبدن زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوي فيها الحرة والامة فان الحرية حكم لا يؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفرقا فيما ذكرناه افتراقاً في الحرمة وفي مشقة الستر لئلا يكون ان كانت الامة جميلة يخاف

الرأي وروي عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهن بالرجال كالبيع ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالحودود ولهذا فارق البيع

﴿مسئلة﴾ (وعنه ينعقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويتخرج ان ينعقد اذا كانت المرأة ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿مسئلة﴾ (ولا ينعقد بحضور اصمين ولا آخرسين)

لان الاصمين لا يسمعان والاخرسين يتعذر الاداء منهما، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم

﴿مسئلة﴾ (وهل ينعقد بحضور عدوين او ابني الزوجين او احدهما؟ على وجهين)

احدهما ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله «وشاهدي عدل» ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانهقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل

الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الفلام الذي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامة إذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلابل.

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبها فان كان يجد شهوة فلا وان كان غير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبدالله فتحركت الاجراس من رجليها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله ﷺ «ممع كل جرس شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للنكاح كابتة تسم فان عورتها مخالفة لهورة البالغة بدليل قوله عليه السلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقوانا في الفلام المراق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال «إذا عركت المرأة لم يجوز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضة وبين الكف مثل قبضة أخرى أو تحوها وذكر حديث أسماء «إذا بلغت الحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجي برؤه والخصي والشيخ

شهادته لوأله وعنه ان الشهادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفؤاً لها في إحدى الروايتين فلورضيت المرأة والاولياء بغيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد في الرجل يشرب الشراب ماهو بكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الا كفاء رواه الحلال بإسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجريز في سفر فأقيمت الصلاة فقال جريز لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لا تقدم في صلاتكم ولا تنكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا تنكحوهن إلا الا كفاء ولا يزوجهن إلا الاولياء» إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله ، ولورضيت المرأة والاولياء بغير كفء لم يصح النكاح لفوات شرطه وهذا اختيار الحنفي وإذا قلنا باشتراطها فانما يعتبر

والخنث الذي لاشهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى (أوالتابعين غير أولي الأربية) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو الذي لا يستحي منه النساء ، وعنه هو الخنث الذي لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقنادة الذي لأرب له في النساء فإن كان الخنث ذاشهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لأن عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ فخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الأربية من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو ينعت امرأة أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبه رواه أبو داود وغيره ، قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث بشدة التأنيث في الخلعة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنعمة والعقل فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لا يفتن لامور النساء وهو من غير أولي الأربية الذين أبيض لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنح ذلك الخنث من الدخول على نسائه فلما معه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه (فصل) فأما الرجل مع الرجل فكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة. وفي حدها روايتان (أحدهما) ما بين السرة والركبة والأخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الأمر وذو المحبة إلا أن الأمر إن كان جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجوز تعمد النظر إليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة فأجاسه النبي ﷺ وراء ظهره رواه أبو حفص . قل المروذي سمعت أبا بكر العين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلاً فضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فإن عدت بعده لم يبطل النكاح فإن كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما ذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحامد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة إن أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الأسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحراراً مياً أو أسود حبشياً ولا أن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وروي أن أبا هند حجج النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا إليه » رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

فخذه فلما قنا خلا بالرجل وقال له من هذا الفلام منك ؟ قال ابن أخي قال اذا جئتنى لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمشي معك في طريق ، فأما الفلام الذي لم يبلغ تسعا فلا عوة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوساً عند النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فوقه مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيته . رواه أبو حنص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نساكن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يمتنعن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها ؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب إنما يجب بنص أو قياس وام يوجد واحد منهما ، فأما قوله (أو نساكن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها
(مسألة) (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ)

لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خنيسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والاولياء جميعهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن أحمد أن العقد يقع باطلاً من أصله لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقدة متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رفعت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباه زوجها بغير كفء خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالغيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان (أحدهما) لها النظر إلى ما ليس بعورة (والآخرى) لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نهبان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فأتأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجب مني » فقلت يا رسول الله إنه ضرب لا يبصر قال « أفعميأوان أنها لا تبصر أنه ؟ » رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بفض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال بحقيقة أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فاتها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة إليها أكثر

ولنا قول النبي ﷺ لما طمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعشى تضعين ثيابك فلا يراك » متفق عليه ، وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يترني بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلبون في المسجد متفق عليه ، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى إلى النساء فذكرهن ودهه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولأن من النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نهبان فقال أحمد نهبان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث « إذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه » وكأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ لا يروى إلا هذين الحديثين

لم يكن لباقي الأولياء فسخ لأن هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالقصاص .

وأما أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضا غيره كالمراة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءه وههنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباؤون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فلو زوج الأب بغير كفء برضاها فللاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ إذا زوج الأقرب لأنه لا حق للأبعد معه فرضاها لا يعتبر كالأجنبي ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بعدم الكفاءة فملك الفسخ كالمساويين

﴿ مسألة ﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فعنه أنها شرطان الدين والمنصب لا غير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار ، وذكر القاضي في الجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة أما الروايتان في الشرطين الأولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لأنه

المخالفين للأصول ، وقال ابن عبد البر نيهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالمحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نيهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال احمد وابو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نيهان لأزواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم : وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

(مسئلة) قال (واذا زوج امة وشرط عليه ان تكون عندهم بالنهار ويبيع بها اليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط. فصحيح لانه لا يخل بمقصود النكاح فان الاستمتاع انما يكون ليلاً ، واذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سلت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال واذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك المدة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحررة اذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لا غير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا ان يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفواً لان الغالب على الحنث الفسق ولا يعد ذلك نقصاً ، والدليل على اعتبار الدين قول الله تعالى (أمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون) ولان الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز ان يكون كفواً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفواً مثله. فأما الفاسق من الحنث فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات. والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الحسب رواه أبو بكر بن العزيز بإسناده ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأثرون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المعارف ولان في فقد ذلك نقصاً وعاراً فوجب أن تعتبر في الكفاءة

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الإجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض فلم تـلم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط. وله استخدامها نهاراً و ليله ارسالها ليلا الاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أتمه منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فاذا عقد على احدهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجرها للخدعة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بارسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتزويجها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتزويجها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدوانا أو بشرط. أو نحوه. ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فاذا لم يكن من السيد ههنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدتها المستحقة لسيدتها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحد عن ذلك وقال بما أدري فيحتمل المنع منه لانه ينوت حق الزوج منها فمنع منه قياسا على ما لو منع منه مع الإقامة ولا يملك لأحد من منفعتها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدين، فعلى هذا لا تزوج العفيفة بفاجر لما ذكرنا ولا عريية بمعجمي فلا يكون المولى ولا العجمي كفواً لعريية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان لجريز معشر العرب لا تتقدم في صلاتكم ولا تتكبح نسائكم ان الله فضلكم علينا بحمد صلى الله عليه وسلم وجمعه فيكم

﴿مسئلة﴾ (والعرب بعضهم لبعض اكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض اكفاء وعنه لا تزوج قرشية

لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قریش لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم» ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواتنا من بني هاشم لا تنكر فضاهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لا يكافيء العجم العرب ولا العرب قريشاً وكلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض اكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض اكفاء والعجم بعضهم لبعض اكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع وزينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالمسيد وكألو أجراها ثم أراد السفر بها . ويحتمل ان له السفر بها لانه مالك رقبته كسيد العبد اذا
زوجه ، وان شرط الزوج أن تسلم إليه الامة ليلا ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها وليس للمسيد السفر
بها لانه لا حق له في بعضها

(فصل) ويستحب لمن أراد الزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تنكح المرأة لما لها
ولحسبها ولجملها ولدينها » فظفر بذات الدين تربت يداك « متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله
ﷺ « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا ؟ » قال قلت بل ثيبا قال « فبلا
بكراتلعبها وتلاعبك ؟ » متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ انه قال « عليكم بالابكار فانهم
أعذب أفواها وأتقى أرحاما » رواه الامام وأحمد في رواية « وأتقى أرحاما وأرضى باليسير » ويستحب
أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالبابة
وينهى عن التبطل فيها شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكثر بكم الائم يوم القيامة » رواه
سعيد ، وروي معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات
حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ » فهاه ثم آناه الثانية فهاه ثم آناه الثالثة فقال « تزوجوا
الودود الولود فاني مكثر بكم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتسوا أولادهم
فان في أرحامهم البركة » ويختار الجميلة لانها أمكن لنفسه وأغض لبصره وأكل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وتزوج مصعب بن الزبير اختها سكينه وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج
المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة
الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان
العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه
الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز
بمحجم ولا بنت بان بمحائك ولا موسرة بمهسرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفواً لحره لان النبي صلى الله
عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى
ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امراته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا
ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لبريرة « لو راجعتيه » قالت يا رسول الله أتأمرني ؟ قال « انما أنا شفيع » قالت : فلا حاجة لي فيه
رواه البخاري ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع اليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم امرأة فليستحسنها »

وعن أبي هريرة قال قيل لرسول الله ﷺ أي النساء خير؟ قال « التي تسره إذا نظر ونطيمه إذا امر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن حمدة أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها ونطيمه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

ويختار ذات العقل ويجنب الحماء لأن النكاح يراد للعشرة ولا يصلح العشرة مع الحماء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحماء فإن ولدعا ضياع وصحبها بلاء ، ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهله بزرع اليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفأ وانكحوا اليهم »

ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال اغتربوا لا تضربوا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات العم أصبر . ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان في قرابته أففى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

فأما اليسار ففيه روايتان (احدهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولأن على الموصرة ضرراً في اعسار زوجها لخلاله بنفقها ومؤونة أولاده ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارناً ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأباغ قال نبيه بن الحجاج السهمي

سألتني الطلاق إن رأيتني قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له نسب يحب ومن يفتقر بعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتي مسكيناً » وليس هو لازماً فأشبه العافية من المرض ، واليسار المعتبر ما يقدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه إدامتها

وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان (احدهما) أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدينية كالحائك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكف لبنات ذوي المروءات كأصحاب

﴿ باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك ﴾

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضا نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم والآية التي قبلها والتي بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه . وعن عائشة رضي الله عنها قالت ، قال رسول الله ﷺ « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه مسلم ، وأجمعت الامة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه

﴿ مسألة ﴾ قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والممات والخلالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجهة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة : سبع بالنسب واثنان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من

الصنائع الجليلة كالتيجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب وقد جاء في حديث « العرب بعضهم لبعض أ كفاء الاثاكا أو حجاما . »

قيل لاحد وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال العمل عليه . يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازماً فأشبهه الضعف والمرض . قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد تقى نقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها ، ولا يكتفى بتبث الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يختص بها ولوليها منها من نكاح المجنون والابرص والمجنوم وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) ومن أسلم أو أعتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الاسلام والحزبية وقال أبو حنيفة ليس بكفاء ، ولا يصح ذلك لان الصحابة أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أ كفاء للتابعين .

ذلك جدتك أم أمك وأم أبيك وجدنا أمك وجدنا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء . وفي الدعاء اللهم صل على آيينا آدم وأمنا حواء . والبنات وهن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم) والاختوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخوانكم) ولا تفرق عليهن . والعامت أخوات الاب من الجهات الثلاث واختات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريبا كان الجدا أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقوله تعالى (وعمائكم) والحالات أخوات الام من الجهات الثلاث واختات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهم على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يجب ذلك لان المرأة تعبر به هي وأولياؤها ويتمدى ذلك الى ولدها وليس هو كفواً للعربية بغير اشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والموالي اكفاء بعضهم لبعض وكذلك المعجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة يتزوجها الخراساني وقول النبي صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » هو في الصدقة فأما في النكاح فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم بكافتهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسماء عريتين ولأن موالى بني هاشم ساوؤهم في حرمان الصدقة فساوؤهم في الكفاءة ، وهذا لا يصح فانه يوجب أن يكون الموالى أكفاء للعرب فان المولى إذا كان كفواً لسيده كان كفواً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساوؤهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في اشرف ، وأما زيد وأسماء فقد استدل بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما من كلب فهما عريان وإنا طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الاصل كذلك .

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي بفرق بينهما وكذلك اذا زوج الواقفي إذا كان بخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الراقضي ولا من القدري فإذا

ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه ابن أرضعتك أحدهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والثاني وأصحاب الرأي ، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول .

وأما قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليهما من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية . قال ابن عباس أبهوا ما أبهم القرآن يعني عموموا حكمها في كل حال ولا انفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها فلا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يتزوج أمها ، رواه أبو حفص بسنده ، وقال زيد تحرم بالدخول أو بالوطء لانه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا سواء وجد الدخول

كان لا يدعو فلا بأس وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) وأما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء ، وقال « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام.

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الابد وهن أربعة أقسام :

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الاخت) فأما الأمهات فهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وإن علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علون وارتاث كن أو غير وارتاث كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء

او الموت أولا ولائها حرمت بالمصاهرة بتول مبهمة فخرت بنفس العقد كحليلة الابن والاب
(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأهلهن وهن
كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات
إذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا أنه روي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لا م حبيبة لا تعرضن علي بناتكن
ولا اخواتكن ولان التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط
وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وإن لم
يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بانت من نكاحه إلا أن يموت قبل
الدخول ففيه روايتان [احدهما] تحرم ابنتها وبه قال زبد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لان الموت
أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة (والثانية) لا تحرم وهو قول
علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم
طلقها أو مات قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء المأثور اللهم صل على أيننا آدم وأمننا حواء . والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك
كأبنة الصلب . وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات
لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم)
والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكم)
ولا تفريق عليهن . والعلم أن أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن
قبل الام قريباً كان الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعلماتكم) والحالات أخوات
الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان علون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت
لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت
أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضاً محرمات لقوله
تعالى (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالنسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بشكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه
ابنته من الزنا لدخولها في عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائة فخرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم
المنفية باللعان لأنها منفية ولا احتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى
(المفني والشرح الكبير) (٦٠) (الجزء السابع)

والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبد الله ابن عمرو قد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم يحرم الربية كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لنياس ولا غيره . إذا ثبت هذا فان الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الحرقى تحريمها لقوله فان خلاها وقال لم أطأها وصدقتها لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فلهما يجلدان ولا يرجان وسند كره فيما بعد ان شاء الله (الثالثة) حلل الابطناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محلة له ، فيحرم على الرجل أزواج ابنته وابناء بناته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل ابنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً (الرابعة) زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد ساف) وقال البراء بن عازب لفتي خالي ومعه الراية فقلت ابن يزيد ؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) فالأمهات اللاتي أرضعنكم وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجاتهن على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الاخوات فهي كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه ابن أرضعتك إحداها وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثلاً من الرضاع كالعمة والحالة والبنت وبنت الاخ وبنت الاخت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية لمسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » ولأن الأمهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافاً

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول بها ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافاً علمناه والحمد لله، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب، وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نمنع من أحد خلافتهم (الضرب الثاني) تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أم أميتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فإن تزوجهما في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لأحدهما على الآخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأول صحيح لأنه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لأن به يحصل الجمع وليس في هذا محمد الله اختلاف وليس عليه تفريم

﴿مسئلة﴾ (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثاها من الرضاع وهن الأمهات والبنيات والاختوات والعلمات

ابن عباس إهموا ما إهم القرآن يعني عموماً حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فخرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محللة له فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تكحوا ما نكح آبؤكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا وتحرم من وطئها أبوه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ما يحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في ذرة بنت أبي سلمة « انها لو لم تكن ربيتي في حجري ما حلت لي ، انها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثوبية » متفق عليه ، لان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات رلا نعلم في هذا خلافاً

﴿ مسألة ﴾ قال (وابن الفحل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلاً بابن ثاب^(١) من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان الابن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوة سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، واخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته ، وآبؤه وأمهاته أجداده وجداته ، قال احمد ابن الفحل أن يكون لرجل امرأتان فترضع هذه صببية وهذه صببياً لا يزوج هذا من هذا . وسئل ابن عباس عن رجل له جارتان أرضعت إحداها جارية والاخرى غلاماً فقال لا ، الاقحاح واحد قال الترمذي هذا تفسير لابن الفحل ومن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الثالثة) حلائل الابناء فتحرم على الرجل زوجة ابنه وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ريبة ابنه وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرم من الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات فاذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار علي خلاف هذا القول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ « لا تعرض علي بناتكن ولا أخواتكن » ولان التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه ، وان لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانث من نكاحه

﴿ مسألة ﴾ (فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن علي روايتين)

(احداها) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الريبة

والشافعي واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر واليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص في ابن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة ويروي ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين لان الرضاع من المرأة لامن الرجل ويروي عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امشط فيأخذ بترن من قرون رأسي فيقول اقلي علي فحدثيني أراه والدأ وما ولد فهم إخرقي ثم ان عبد الله بن الزبير أرسل بخطاب إلي أم كلثوم ابنتي علي حمزة بن الزبير وكان حمزة الكلبية فقلت لرسوله وهل تحل له وإنما هي ابنة أخيه فقال عبد الله إنما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم إخرنك وما كان من غير أسماء فليسوا لك باخوة فارسلني فسلي عن هذا فأرسلت فألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها ان الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تنزل عنده حتى هلك عنها

وانا ماروت عائشة رضي الله عنها ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم وهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فنز جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولا يفرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره، اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها

❦ (مسئلة) ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام

فاذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص احمد علي هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أرضعتني امرأته قال « ائذني له فإنه عمك زبت يمينك » قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا يدول على ما خالفه فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يمتد لها ابنته وتمتد لها أباها والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون

(مسئلة) قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الحلة على بنت أخيها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إبقاء العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرناه ، فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما روينا ، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكر عليه رجم

الحلال » ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً قال الشاعر * إذا زنت فاجد نكاحاً * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه (أنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً) وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء وروي عن النبي ﷺ أنه قال « لا ينظر الله عز وجل إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امرأة وابنتها فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه ، ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحذور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام وحديثهم لا تعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال أحمد وقيل أنه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء من نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع وبصير محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأيد بسبب مباح شبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الأمة التي فيها شرك وإشبه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجم بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لها: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قلنا خمس صلوات في اليوم والليلة وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألها عن مقدار الزكاة ونصيبها فأخبراه فقال فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قلنا لا نجد في كتاب الله قال فمن أين صرتم إلى ذلك؟ قلنا فوله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الحالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائنا وخالاتهم وعمات أمهاتنا وخالاتهن وإن عات درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، وكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجم بين المرأة وأما في العقد لما ذكرناه ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الاختين فإذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجم بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيها بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأن أحدهما تحمل لها الأخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك روايتان (أحدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة، ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر إليها بذلك والوطء ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لأنها إباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لأنها إذا لم تثبت بوطء الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطوعة إذا كانت حرة

(فصل) ويستوى في ذلك الوطء في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم إذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا

(مسألة) (فان كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعلى وجهين)

أحدهما أن وطء الميتة ينشر الحرمة لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يخص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بسبب للبضعية ولأن التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة، وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والأخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب .

(مسئلة) قال (وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجدة وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن)

وجملة ذلك أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها أقول الله تعالى (وحلائل ابنائكم) وهذه من حلائل ابنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمه عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله إلا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجدة كالأب في هذا وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لأنه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبير (والثاني) لا ينتشرها وهو قول أبي حنيفة لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة

(مسئلة) (وإن باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلاها لشهوة فعلى روايتين)

إذا باشر فيها دون الفرج لغير شهوة لم ينتشر الحرمة بنظر خلاف نعلمه وإن كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينتشر الحرمة أيضا قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته من شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرم شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كأمهاته ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لا يحرم الريبة إلا الجماع وبه قال طاوس وعمر بن دينار لأن الله تعالى قال (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله . وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الأمة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (أحدهما) ينتشرها روي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لأنه نوع استمتاع فيتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لا يثبت بها التحريم لأنها ملازمة ولا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا

(مسئلة) قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فانهن محلات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمة تحرم ابتها تناول التحريم لها فإلامهات تحرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخوات وكذلك بنات بنات الأخ لا بنات العمات والخالات فلا يحرم من بالاجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأحلهن الله لنبوه عليه السلام ، ولأنهن لم يذكرن في التحريم فبدخان في قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء لأنهن حرمن لكونهن حلال للآباء والأبناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه (فإن لم تكونوا دخاتم بهن فلا جناح عليكم) وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن وأنا ذكرها لأنها محلة فيشتبه حكمها ، فإن قيل : فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليمة الابن ؟ قلنا لان ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليمة ليست حليمة . ولأن علة تحريم الربيبة

هو في معنى المنصوص عليه ولا الجمع عليه فإن الوطء يتعاق به من الأحكام استقرار المهر والاحصان والاعتسار والعدة وفساد الاحرام والصيام بخلاف اللبس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا أقرب للصواب إن شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر إلى فرج امرأة لشهوة فهو كلسها الشهوة فيه أيضا روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في موضع ينشرها اللبس روي عن عمر وابن عمر وعامر بن زمة وكان بدريا وعبد الله بن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لايه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكيحول وحامد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها وبناتها» وفي رواية — لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وبناتها والثانية لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف قال الدارقطني: وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل انه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في ان النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضا (المغني والشرح الكبير) (٦١) (الجزء السابع)

انه يشق التحرز من النظر اليها والخلو بها بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في بنتها وان سفلت والحليلة حرمت بنكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

(مسئلة) قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطارس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب وبجي بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال لا يحرم الحرام الحلال ، ولانه وطء لا يصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

ونما قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً ، قال الشاعر
 * إذا زويت فأجد نكاحاً * فحمل في عمرم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقتناوساً سبيلاً) وهذا التعليل انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً ان النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة لان اللبس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللبس والنظر فيمن بلغت تسمع سنين فإزاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت امها قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسها وقبيلها اياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الخلو بالمرأة لا تنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والمدة ولا يحل له ان يتزوج امها وابنتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الخلو مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وأما الخلو بأجنبية أو أخته فلا ينشر تحريماً لا نعلم في ذلك خلافاً

(مسئلة) (ومن يوطئ بفلان حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابتنها» وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال «ما عاون من نظر الى فرج امرأة وابتنها» فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه. ولان ما يتعلق من التحريم بالوطء المباح يتعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام، وحديثهم لا يعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسوع بهض قضية العراقي كذلك قول الامام أحمد. وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة (فصل) والوطء على ثلاثة أضرب: مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عايه لانها حرمت عليه على التأييد بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء لامة المشتركة بينه وبين غيره وأشياء هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا، قول ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأئصار على أن الرجل اذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشريري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له بالنظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمية تتعلق بكال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلان لا يستبيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه أو أمه فخرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كاللبائسة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهم غير منصوص عليهن ولا هو في معنى المنصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء وامهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معنهن ولان الوطء في المرأة يكون سببا للضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وتثبت احكاما لا يشبهها اللواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص بمثله

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا يلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كمائر الاجانب

(الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طأعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لانه يتعاقب به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان تلوط بسلام فقال بعض أصحابنا يتعاقب به التحريم أيضا فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه ولم يخرمنا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى . وقال ابو الخطاب يكون ذلك كالبائسة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولاتهن غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلال الالباء ومن نكحن الالباء وأمهات النساء وبناتهن وأيس هؤلاء منهن ولا في معناه لان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها الاواط فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص به

ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ومما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية انظروه «يعني ولدها» فان جاءت به على دفعة كذا فهو لشريك بن سحماء «يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطء الشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتختلف بعض الاحكام لا ينفي كونها بنتا كما لو تختلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطاء امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانه يحرم على جميعهم لو جهين احدهما انها بنت موطوءهم الثاني انا علم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على اولادهم لانها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقها القافة بأحدهم حلت لاولاد الباقيين

(القسم الرابع) الملاغنة تحرم على الملا عن على التأييد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحدا قال بخلاف ذلك الا قولا شاذا فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم المؤبد وعن أحمد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشاه إذا لم يكن وجد منه ما يثبتها لانه رجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حبل عن أصحابه وتفرد بها

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فأنها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لا يختلف بالحل والحرم ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروا بعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لأمريك بن سحاء » يعني الزاني ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا يختلف بالحل والحرم فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كدنته من النكاح ونخاف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً كما لو نخاف لرق أو اختلاف دين . إذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصحبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم دل هو منه أو من غيره ؟ فأنها محرم على جميعهم لو جهن (أحدهما) أنها بنت موطوءتهم (والثاني) أننا نعلم أنها بنت بعضهم فتعزم على الجميع كالزوج الأوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غيرهم . لو لم فإن ألحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد ممن وطئ . أمها لأنها في معنى ربيته

والعمل على الرواية الأولى وهذا يذكر في باب اللعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحرمات إلى أمد وهن نوعات)

(أحدهما) المحرمات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين)

(مسألة) (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والحوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمها ولا العمة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الحالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الأقارب وافتقاره إلى قطيعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما روينا وبلغنا أن رجلين من الحوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان بما أنكر عليه رجم الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى بنشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من انبات اللحم وانتاز العظم وهذا يحصل من ابن الميتة وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت غير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف فعلمه ، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أهد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وان كانت المباشرة لامرأة محلاة له كأمراته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها . قال ابن عباس لا يحرم الربيعة إلا جماع أمها وبه قال طاوس وعمر بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشرة لها وابنه فانها في النكاح تحرم ، مجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر المباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل ثبت تحريم المصاهرة فيه

بين المرأة وعمتها وبناتها وبين خالتها ، وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لها : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالوا : خمس صلوات في اليوم والليلة . وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك . وسألها عن مقدار الزكاة ونصبتها فأخبراه . فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قال لا نجد في كتاب الله . قال فمن أين صرنا ؟ فقالوا فعله رسوله الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده . قال فكذلك هذا ولا فرق بين الحالة والعمة حقيقة أو مجازا كعمات آبائنا وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجاتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القرينية لما في الطباع من التنافس والنيرة من الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى بنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبناتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احدهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروي أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولانه مفض الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قول الشافعي لانه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتماق به التحريم كما لو وطئ (والثانية) لا يثبت به التحريم لانها ملازمة لانوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم اما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف اللبس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تنصيص وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب ان شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة بشهوة فهو كالمسها لشهوة فيه أيضا روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللبس ، روي عن عمرو بن عمر وعاصم بن ربيعة وكان يدريا وعبد الله ابن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم اتوا به تعالى (وأحل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والآخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لانهما ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الأقارب .

﴿ مسألة ﴾ (فان جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

إذا جمع بين الاختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيها ولا مزية لاحدهما على الاخرى فيبطل فيها كما لو زوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك .

﴿ مسألة ﴾ (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الاخرى سواء كانت بائنا أو رجمية فنكاح الثانية باطل . أما إذا تزوجها في عقدين وعلم الاولى فنكاحه صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به وبالمقد على الاولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى وتنقضي عدتها .

(فصل) (فان لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما مآ)

قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولا؟ يفرق بينهما لان إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحللة له فقد اشتبه عليه ونكاح إحداهما صحيح ولا يتيقن ينوتها منه

لكم ما ودا. ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء، وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يتناس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان غير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت سنًا يمكن الاستمتاع منها كابتة نسم فازاد فأما الطمعة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت صبيح إذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره إليها نص عليه أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها. قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلاقها جميعاً أو فسخ نكاحها فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما وإن أحب أن يفارق إحداها ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغيرها ولا يخلو من ثلاثة أقسام:

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداها في الحال بعد فراق الأخرى (الثاني) إذا دخل بإحداها فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصاهرة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لانا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل جواز العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به فلا يمان ذلك عن مائه فإن أحب نكاح الأخرى فارق المصاهرة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها

(القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها من حين فارقها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها، وإن ولدت إحداها أو هما جميعاً فالتسبب لاختوته لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق التسبب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة بطلقة

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا إحداها نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه فإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري

في تحريم الرتبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمتها فلا تنشر تحريماً لانعلم في ذلك خلافاً وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين لانه اذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى

(مسألة) قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وان تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معا لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحداهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وان تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه وبزول نكاحها وعدتها (فصل) فان تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معا قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أو لا: ففرق بينه وبينهما وذلك لان احدهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشبهتها عليه ونكاح احدهما يصح ولا تتيقن بنوניה منه إلا بطلاقهما جميعاً

أن يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منهما أفرع بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما فلا حداهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها انزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة فلذلك لا يجوز له وطء امرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

(مسألة) (وان اشترى أخت امرأة أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد الاستمتاع وغيره وكذلك صح شراء من لا يحل له كالجوسية وأخته من الرضاع ولا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش أو جامعاً مائة في رحم أختين وذلك لا يحل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائة في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الويان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق أحدهما ثم يحدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على أحدهما في الحال بهد فراق الاخرى (الثاني) إذا دخل بأحدهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لاننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليهما في الحال لان النسب لاحق به ولا يضر ذلك عن مائه وان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الاخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداها أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق بالنسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلا أحدهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم يفعلوا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت

﴿مسئلة﴾ (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم خلافاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يحل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا تحل له

﴿مسئلة﴾ (وله وطء إحداها لان الاخرى لم تصر فراشاً)

وهذا قول اكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفراش فلم يحز كما لو كان في ملكه أحدهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الأختين من إيمائه في الوطء نص عليه أحد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود ومن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهم آية وحرمتهم آية ولم أكن لافعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الأختين) وبالحلالة قوله تعالى (الا على أزواجهن او ما ملكت أيمانهم) وروي ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهي عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية

لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للآخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما معا فلا حداهما المسمى والآخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجوز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لأمراته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

(مسئلة) قال (وان تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية)

وجملة ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احدهما رضیعة المتزوج فيقول له زوجتكما معا فيقبل ذلك فالمنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وقيل فيه روايتان (احدهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لأنها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

الحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالحرمت جميعهن وهذا منهن ولأنها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة. (مسئلة) (وان وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي فان رهنها لم تحل له، أختها لان منعه من وطئها لحق المرهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرهن فيه ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبهه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبهه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنع وطئها فلا بأس من عوده اليها فيكون ذريعة الى الجمع بينهما وان حرم احدهما فظاهر كلام الحنفي أنه لا تحل له الاخرى وهو مقتضى كلام شيخنا في الكتاب المشروح وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه التزويج ولأنه نشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) وإذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ المخرجة وتعلم برأيتها من الحمل

(والثانية) يصبح في الحرة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهل لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انقردت به وفارق العقد على الاختين لأنه لا لزوم لاحدهما على الأخرى وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بمسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجرز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله

(فصل) ولو تزوج بهدية ومجوسية ومحلالة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان ، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالاختين

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا اشترى أختين فأصاب أحدهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ستة :

(الفصل الأول) أنه يجرز الجمع بين الاختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينهما

فإن كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لأنه يكون جامعاً في رحم أختين فهو بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها

﴿ مسألة ﴾ (فإن عادت إلى ملكه لم يظاً واحدة منهما حتى يحرم الأخرى)

مضى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبهه مالو وطئ أمة ثم اشترى أختها ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انفردت به فأما إذا وطئ أمة ثم اشترى أختها فإن المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه وقدروي عن أحمد أن الجمع بين الاختين في الوطء بملك اليمين لا يحرم بل ينهي عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب أن ذلك حرام والله أعلم

(فصل) فإن وطئ أمته الاثنتين معاً فوطء الثانية محرم ولا حد فيه لأنها ملكه ولأن في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمقتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من امائه في الوطء نص عليه احمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وعمن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وجابر بن زيد وطارس ومالك والارزاعي وابو حنيفة والشافعي ، وروي عن ابن عباس انه قال أحلتها آية وحرمتها آية ولم أكن لأفعله ، وروي ذلك عن علي أيضا يريد بالمحرمة قوله (وإن تجمعوا بين الاختين) وبالحللة قوله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لا أقول حرام ولكن نهى عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعا بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمهرمات جميعهن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة

حلتها اختلافا وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية

ولما ان الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ الاولى في حيض أو نفاس أو أحرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأيد وكذلك لو وطئ بشبهة في هذه الحال ولو وطئ امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الربيبة والصحيح أنها لا تحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما تثبت بقوله (وإن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا في معنهما.

(مسئلة) (وان وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل أحمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح يصير به المرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احدهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً واحداً. ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه احدهما فقط

(الفصل الرابع) أنه اذا وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي، فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتين بالتحريم ولهذا يحل له باذن المرتين في وطئها ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد ففناه بدعوى الاستبراء اتت في فاشبهه بالزوجها

ولنا قول علي وابن عمر ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فاشبهه بالوطئ وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولأن ذلك لا ينعته وطأها فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احدهما على نفسه لم تبح الاخرى لأن هذا لا يحرمها إنما هو بمن يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء ازاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والاحرام والصيام، وإن كاتب احدهما فظاهر كلام الخرقى أنه لا تحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فاشبهه بالتزويج

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرها فلم تبح له أختها كالمرهونة

فلم يحز أن ترد على فراش الاخت كالوطء ولأنه فعل في الاخت ما ينافي اباحتها فلم يحز كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لأنه سبب يستباح به الوطء فجاز أن يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ووجه الاولى ما ذكرناه ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلامة الجمع فمنع صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فإنه لا ينحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا تحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيقدم وينعم صحة ما طرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأما ولأن هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فإن عادت الى ملكه لم يطرأ واحدة منها حتى يحرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لأن الاولى عادت الى الفراش فاجتمعا فيه فلم يستبج واحدة منها قبل اخراج الاخرى عن الفراش.

(فصل) فإن زوج الامة الموطوءة أو اخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الامة الى ملكه فالزوجة بحالها وحلها باق لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الامة وعنه أنه ينبغي أن يحرم احدها لأن أمته التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فاشبهه أمته اللتين وطئ احدهما

(الفصل الخامس) انه اذا اخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ. المخرجة ، وبعلم برأتها من الحمل ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضم حملها لانه يكون جامعاً مائة في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

(فصل) فان وطئ أمته الاختين معا فرط. الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأه في ملكه ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استبعادها بخلاف أختها من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطأ إحداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرئ. الثانية

ولنا أن الثانية قد صارت نراشا له بإحققه نسب ولها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك ، ولو وطئ الاولى في حبض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمه وابنته على التأيد وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراماً أو حلالاً

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطأ إحداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشا فأشبهه ما لو وطئ أمه ثم اشترى أختها

بعد تزويج الاخرى ثم يطلق الزوج أختها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الثراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبهه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فان وطئ أمته حرمتا عليه حتى يستبرئ. الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وإنما وجب الاستبراء لثلاثا يكون جامعاً مائة في رحم أختين ويحتمل ان تحرما عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتين وحكم عمه المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسئلة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعلى عبدالله بن جعفر وعبدالله بن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبهه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم) ما وراء ذلكم ولانهم لا قرابة بينهم فأشبهها الاجنيتين ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القرية بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكره (فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشا ودرجعت اليه التي كانت فراشا فخرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها، فان المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه باقتراش أختها، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم لان الحل ثابت بقوله (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منها ولا ما في معناها

(فصل) وان وطئ أمته ثم أراد نكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام احمد لان النكاح يصير به المرأة فراشا فلم يجوز أن ترد على فراش الاخت كالوطء. ولانه فعل في الاخت ما ينافي باباحة أختها المفترشة فلم يجوز كالوطء، ويحتمل أن يصح النكاح ولا نباح المنكوحه حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة. قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لانه سبب باستباح به الوطء. فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحه وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أخا لأختها لم يرد الشرع بانه سبب للتحريم فيبقى على الاباحه لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار عمًا لو لدهما وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فتى تزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أبيك أخبرتك فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني. فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله.

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لان النكاح أقوى من الوطء، ملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى، ووجه الاول ما ذكرنا ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعله لجمع فمع صحة نكاحها كالزوجة ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء، ممنوع وان لم قالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه كالمدة نتم ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأبها ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يستبرئ الموطوءة

(فصل) فان زوج لامة الموطوءة أو أخرجهما عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة إلى ملكه فالزوجة بحالها وحالها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا يحل له الامة وعنه أنه ينبغي أن يحرم أحدهما لان أمته التي كانت فراشا قد عادت إليه والمنكوحة مستفرشة فأشبهه أمته التي وطئ أحدهما بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبهه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فان وطئ أمته حرمت عليه حتى يستبرئ الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جاءها لماثه في رحم أختين، لا يحتمل أن يحرم ما عليه جميعاً حتى تحرم أحدهما كالامتين

(مسئلة) قال رحمه الله (وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها)

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء والنفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكرنا

في افساد نكاحها بالمطوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطئ أيضاً لان امرأته صارت اما للموطوءة أو بنتها ولها نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان اشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك (مسئلة) (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبدان أن يتزوج أكثر من اثنتين فان طلق أحدهما لم يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على ان الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا تعلم أحداً منهم خائف في ذلك الا شيئاً يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه اباح تسماً لقول الله تعالى (منى وثلاث ورباع) والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الاجماع وترك للسنة فان النبي ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحتة عشرة نسوة « أمسك اربعاً وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي في مسنده واذا

(مسئلة) قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجته رجلاً وابنته من غيرها)

أثر أهل العلم برون الجمع بين المرأة ورجلها جائز لا بأس به فعليه عبد الله بن جعفر وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لأن أحدهما أو كانت ذكرًا حرمت عليه الأخرى فأشبهه المرأة وعمتها

ولما قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيةتين، ولأن الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكره

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء. وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمفني الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا صلب يقتضي التحريم، وكونه أخاً لاختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فبقي على الإباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صارهما لولده ولديهما وخالا

(فصل) وإن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فتنى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب وولد

منع من استدامة زيادة على أربع فلا بداء أولى والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في إباحة الأربع له فذهب أحمد أنه لا يباح له الاثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كما قول

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وقد روى ليث ابن أبي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف اثنتين وطلحة ثنتين فدل هذا على أن ذلك كان بمحض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله تعالى (أوما)

الاب عم ولد الابن . و يروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمرها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتنني بقرابة ولدك من ولد ابنتك أخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن المهيم الذي ولينه قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآ خر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطئ الاول بوجوب عليه مهر مثلها لانه وطئ شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطئ حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطي . لانه لم يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطوعة فلم يجب على زوجها شيء . كما لو انفردت به ، ويحتمل أن يلزمه لزوجه نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينفسخ نكاح الواطي . أيضاً لان امرأته صارت أمًا لموطوءته أو بنتًا لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطئ الثاني فيوجب مهر مثل الموطوءة خاصة فان أشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

ملك أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه امته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر أرباعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فالتحريم باق محاله في قولهم جميعاً وان كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم وروى ذلك عن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن وقال (وأن تجمعوا بين الاختين) معطوفاً عليه والباثن ليست في نكاحه ولانها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه ما اجتمعت الصحابة على شيء كاجتماعهم على أربع قبل الظهر وان لا تسكح المرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل ان تحل فعاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم طاعة

(مسئلة) قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب ومن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الاوائل انه حرم ذلك ، وروى الحلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمة الامامية تسكنا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن - ولا تنكحوا بهن الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات (الى قوله) والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن (واجماع الصحابة بأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنها تقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظ المشركين باطلانه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (تتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبي شيء يبقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجماً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بغيب أو اعسار أو غيره لم يكره له ان يتزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تتمجل الفرقة أو لم نقل فان أسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلم اختيار منها واحدة كما لو تزوجها مما وان أسلم بعد انقضاء عدت الاولى بابت وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتق ام ولده أو امة كان يصيبها فليس له ان يتزوج اختها حتى ينقضي استبراءها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لاهلها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا انها معتدة منه فلم يجز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح او وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلاً في عموم من جمع ماؤه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم للطول خائف للعت فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا ان

القرآن يفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بأطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآتيناه خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة قال قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقبل له ألا طلقها حين أمرك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ركبت امرأة لا ينبغي لي ولأنه ربما مال إليها قلبه ففنته وربما كان بينهما ما ولد فيميل إليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الأفرنج والارمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون فهو لا إذا بشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فرعه فهم ممن وافقوه وان خالفهم في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحمل مناقبتهم ولا ذبائهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجهاً آخر

ينكح المحصنات المؤمنات) الآية ولا يسلم انه لا يجوز في طلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان (فصل) وان زنى بامرأة فليس له ان يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لأنها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين فإنه لا يمنع اربع سواها (فصل) إذا ادعى رجل ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبه ابيح له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكنائها وتعين النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً

ولنا انه قول يتضمن لإبطال حق لغيره وحقالة لا ضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان اعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام (فصل) وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوابعهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولاهم بقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) فرخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابا أو مثل أحد يصح عن علي أن المجوس كتابا ؟ فقال هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوابعهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حق دنائهم وأقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دنائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فأننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فغلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بشمنه وكذلك لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها إذا كذبت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لعارض بزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولأن تزويجها يفضي إلى اختلاط المياه واشتباة الأنساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملاً فلو أبجنا تزويجها لاختلط نسب المزوج بنسب الواطيء الأول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحل لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها)

إذا زنت المرأة لا يحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين (أحدهما) انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضع وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الأخرى يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماء زرع غيره » يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن الا بترجيح على انه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما إقرارهم بالجزبة فلا تبالغينا حكم التحريم لدماثهم فيجب ان يغلب حكم التحريم في ذبائهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لها ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه في إقرارها عليه في حاكمها أولى

(مسئلة) قال (واذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا ، وبهذا قال الشافعي في ما إذا كان الأب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه وبشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته ، وان كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم

وجلدها مائة رواه سعيد ورأي النبي ﷺ امرأة على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم بها قالوا نعم قال « لقد همت ان لعنه لئلا تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ ام كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ » اخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل واذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل ان تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالوطء بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليهم الا نهوطه لانصير به فراشا شبه وطء الصغير ولنا ما ذكرناه واذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى ولان وطء الحامل لا يفضي الى اشتباه النسب وغيرها يحتمل ان يكون ولدها من الاول ويحتمل ان يكون من الثاني فيفضي الى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط الثاني) ان تتوب من الزنا وبه قال قتادة واسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي ان عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص ان يجمع بينهما فأبى الرجل وروي ان رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تاب زال

يجزى للمسلم نكاحها ككلو كان أبوها وثنيًا ولا نكاحها ولو دة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل وبمحمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقرر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيًا فلان تحرم إذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تتحقق هنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

(مسئلة) قال (واذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب اجبرت على الإسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكتابية إذا انتقلت إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لأنهم في هذا خلافاً فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصل منهم لا يقر على دينه فالمنتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى أتق من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد فاما ان انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي بنصر أو النصراني يهود فثمة روايتان (إحداهما) لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر عليه نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحنفي واختبار الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبه

ذلك لقول النبي ﷺ «النائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقوله -التوبة تمحو الحوبة» وروي أن مرتد الفجوري دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجيبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فتزل قوله تعالى الزاني لا ينكح الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زن أو مشرك فدعاه رسول الله ﷺ فقلى عليه الآية وقال لا تنكحها ولا نكحها ولو كانت مقيمة على الزنا لا يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر أنه استأبها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له بمحل النزاع إذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرة أشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكي ابن أبي مرسى عن أحمد أنها تستبرأ بحيضة لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والتدم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريد بها على ذلك فإن طأعته فلم تنب وإن ابت فقد تاب فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعه

قال شيخنا والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها فإن طلبه منها إنما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف في مرادتها على الزنا؟ ثم لا يأمن أن أجابته إلى ذلك أن يعود إلى المعصية فلا يحل التعريض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المنتقل والشافعي قولان كالروايتين فاما المومني اذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعا

(الفصل الثاني) أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الاسلام نص عليه احمد واختاره الحلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام أديان باطلة قد أفر بطلانها فلم يقر عليها كالمترد ، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الاسلام او الدين الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقر ربه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالمترد إذا رجع إلى الاسلام ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الاسلام او الرجوع إلى دينه الاول ، او دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر فيه الروايتان (احدهما) لا يقبل منه إلا الاسلام ، والآخرة لا يقبل منه إلا الاسلام والدين الذي كان عليه (الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه روايتان (احدهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان او امرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض المهد فأشبهه ما لو نقضه بترك التزام القمة وهل يستتاب ؟ بمحتمل وجهين

(فصل) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة انها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالا زانين ما اجتماعا لعموم الآية والخبر فيحتمل انهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فاما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولا انها محالة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أوزنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج بهم بأنه لو قذفها ولا عنها بانت منه لتحقق الزنا عليها فدل على ان الزنا يبينها

ولنا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لا يفسخ بمجرد دعواها كالرضاع ولا لها (المغني والشرح الكبير) (٦٤) (الجزء السابع)

(أحدهما) يستتاب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد (والثاني) لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيح قتله فأشبهه الحربي ، فعلى هذا إن يادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه : مصدم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحمد قال اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل اليه فقبل له أنقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانيا أو يهوديا فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها فقبل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح ذمائم فتنى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

(مسألة) قال (وأمتة الكتابية حلال له دون أمتة المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمتة الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزني بدليل انها اذا لأعنته فقد قابله فام يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولو كان احمد استحب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمسك مثل هذه لانه لا يؤمن ان تفسد فراشه وتالحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني ان يان الجبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ، والاولى انه يكفي ان يستبرئ بحیضة واحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعاقفه فكفى ههنا ولان المقصود بمجرد الاستبراء وقد حصل بحیضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بغت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمتة وفي بطنها ولد جنين لغيره قال ابن عبد البر هذا جمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخص في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن أباحه أباحه بعدما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إرقاق ولده وإبقائه مع كافرة بخلاف التسري

(الفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهم بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم مرة الهمذاني والزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا ولم يبالغنا بإباحة ذلك إلا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بمشاقيل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكان ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ نخرجوا من غشيائهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال اذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا تؤمأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تمضي حيضه » رواها أبو داود وهو حديث صحيح وهم عبدة أوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ

(مسئلة) (وتحرم مطلقته ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجعة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتحرم المحرمة حتى تحل)

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال إحرامه فان عقد أحد نكاحا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينخطب » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لأنه حرم عليه لكونه من دواعي الوطء ولا يحصل ذلك بكونه ولياً والاول أولى لعموم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسئلة) (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر ب حال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولا نعلم خلافاً في ذلك

(مسئلة) (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة ب حال إلا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نساء أهل الكتاب للمسلم ومن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن أحد من الاوائل أنه حرم ذلك ، وروى الحلال بإسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء

كان أكثر سبائهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهم لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهم ولا أمر الصحابة باجتنابهم. وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي نفلاً إياه، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرها من الصحابة والخنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبالغوا أنهم اجتنبوا وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بإجوبة منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك. روي عن أحمد أنه سأل محمد بن الحكم قال: قلت لأبي عبد الله هو أذن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر إباحة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمنن)

﴿مسئلة﴾ قال (وليس المسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لأن الله تعالى قال (من فتياكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث وإسحاق. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحمل بمالك البين فحلت بالنكاح كالمسلمة.

من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم ولم ينقل تحريمه إلا عن الإمامية تمسكاً بقوله تعالى (ولا تتكحوا المشركات* ولا تمسكوا بهنم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن) وإجماع الصحابة. فأما قوله سبحانه (ولا تتكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنها متقدمتان والآية التي في المائدة متأخرة عنها، وقال آخرون ليس هذا نسخاً فإن لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافر وما ينال خاص في حل نساء أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الإحذية فقال له عمر طلقها قال أنشهد أنها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال أنشهد أنها حرام قال هي حرة قال قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له

ونقل ذلك عن أحمد قال لا بأس بتزويجها الا أن الخلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) بشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر وبقر ملكه عليها ووادها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والمالك فاذا اجتمعا منها كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

(مسئلة) قال (ولا حر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة الا أن لا يجرد طولاً لحرمة مسلمة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) أنه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، وهذا قول عامة العلماء لا نقم بينهم اختلافا فيه، والاصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً) الآية، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [واثاني] إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمر وبن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق

الا طلقها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركت امرأ لا ينبغي لي، ولأنه ربما مال اليها قابله ففتنه وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فإن أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الارمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد قال بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء اذا شبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوهم وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب لا تحل منا كحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجه آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواضع وامثالا فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول

وقال مجاهد مما وسم الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عدم الطول

وانا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتيانكم المؤمنات - الى قوله - ذاك ان خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يحزم مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يحزم كما لو كان تحت حرة ، وقياسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً والعلة ههنا هو الغنى عن إرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة تفقه ، وان كانت الحرة في حباله غيره فله نكاح أمة نص عليه أحد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول ولنا انه غير مستطعم الطول الى حرة تفقه فأشبهه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سواءهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولأنهم يقرون بالجزية فاشبهوا اليهود والنصارى ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تنكحوا بمصم الكوافر) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أصبح أن للمجوس كتاباً فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سواءهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم وإنما أراد النبي ﷺ في حقن دمائهم وقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبايحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يحزم الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان تغلب حكم التحريم في ذبايحهم ونسائهم .

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كتابية تعفها لم يحل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطعم لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجوز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحت حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجوز له نكاح أمة لانعلم في هذا خلافا ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بناء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته به في الحال وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بعضها لان لها مطالبته بهوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كولو لم يجد الماء إلا بزيادة

﴿ مسألة ﴾ (فان كان أحد أبويها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر غير كتابي لم يحل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الحرقي سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتدّاً ، وبهذا قال الشافعي فيما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه وبشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته وان كانت الام فله فيه قولان

ولنا أنها غير متحصنة من أهل الكتاب أشبه ما لو كان أبوها وثنياً ولأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية فأشبهت من أبواها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها غير كتابي لأنها اذا حرمت بكون أحد أبويها وثنياً فلا تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبواها وثنيين اعتباراً بحال نفسها دون أبويها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضاً روايتان (احدهما) تحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم نساء بني تغلب لانا لانعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر

عن ثمن امثل فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فمن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطعم ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بهر مثاها ولا نسلم ما ذكره في التيمم ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيع للضرورة ومع القدرة على الحرية لا ضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي الى الاجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) وإن كان في يده مال فذكر انه معسر وان المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان موسر آحال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فان كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه الا أن يكون مهر المثل أكثر فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر امثل لا فراره به فان كان المسمى أكثر وجب للسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين

(مسألة) قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر

لم يفسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر انه يفسد النكاح وهو قول المذني

والحيوان فلا خلاف بين اهل العلم في تحريم نسايتهم وذبايحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه باقرارها عليه ففي حلها أولى

(مسألة) (وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كناية وعنه يجوز)

ظاهر مذهب احمد ان ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن احمد قال لا بأس بزويجها الا ان الحلال رد هذه الرواية وقول أما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد ، وتفارق المسلمة لانه لا يؤدي الى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا منعنا كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبع نكاحها ، ولا فرق بين الحر والبدن في تحريم نكاحها لموم ما ذكرنا

لانه انما أبيح للحاجة فاذا زالت الحاجة لم يجز له استدামته كن أبيح له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فإن أكلها بعد القدرة ابتداء الاكل وهذا لا يبتدي النكاح انما يستدعي والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنع ابتداءه دون استدامته

(فصل) وإن تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان (إحداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) يفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني ، ووجه الرويتين ما تقدم في المسئلة ، وقال النخعي إن كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لأن ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونزقه عليه وقد استدل على بطل النكاح بما روي عن علي أنه قال : إذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة البتين والامة ثلثة فانه لو بطل بنكاح الحرة بطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولأن ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالجوسية
(مسئلة) (ولا يحل لحر نكاح امة مسلمة الا ان يخاف العنت ولا يجدر طولاً لنكاح حرة ولا بمن أمة)
الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافا نقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية والصبر عنهما مع ذلك خير وافضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكيحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال مجاهد بما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحته حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والحامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول

(مسئلة) قال (وله أن ينكح من الاماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في إباحة أكثر من أمة اذا لم تمنه فعنه انه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا اذا لم يصبر كيف يصنع وهذا قول الزهري والحارث المكي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) قال أحمد لا يجزئني أن يتزوج إلا أمة واحدة بذهب إلى حديث ابن عباس وهو ما روي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت وجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولأنه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا يبيعه إلا له، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، وإن تزوج حرة فلم تمنه فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في حق من تحتها أمة لم تمنه لما ذكرنا، وإن كانت الحرة تمنه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة، وإن نكح أمة تمنه لم يكن له أن ينكح أخرى فإن نكحها فنكاحها باطل لأنه يبطل في أحدها وليت أحدها باطلا من الأخرى فيبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرية، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه،

فلم يجز مع الاستطاعة لقوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق، ولأن في تزويج الأمة أرقاق ولده مع الفنى عنه فلم يجز كما لو كان تحتها حرة، وقياسهم لا يصح لأن نكاح الخامسة والأخت إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا بصير جامعا، والعلة ههنا هو الفنى عن أرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الأمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع للطول إلى حرة تمنه فأشبه من لا يجد شيئا ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا لعدم قدرته عليه في الحال وإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعلة بها فليس بخائف العنت

(فصل) فإن قدر على شراء أمة تمنه فهو كما لو وجد طول الحرة لا يحل له نكاح الأمة لأنه يمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبه القادر على طول الحرة وكذلك إن قدر على تزويج كناية تمنه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكرنا وجه آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

وان تزوج حرة وقانا ليست الحرة شرطاً في نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان (أحدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كفي حق الحرة (والثانية) لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ، ولأنه مالك لم يضمن حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وان عقد النكاح عليهما جميعاً صح فيهما لأن كل واحدة يجوز أفرادها بالعقد فجاز بالجزم بينهما كالأمتين

(فصل) وإذا زنت المرأة لم يحل لزوجها أن ينكحها إلا بشرطين [أحدهما] انقضاء عدتها فان حملت من الزنا نقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قل يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه لو لم يباحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا ترطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حلي فرفق ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجعلها مائة روه سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة مجحاً^(١) على باب فسطاط فقال « لها يريد

(١) بحيم ثم حاه

مهملة هي الحامل
قريبة الولادة

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له لأنه قد رعى صيانة ولده من الرق فلم يحجز له ارقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحت حرة يمكن أن يستغف بها لم يحجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين المسلمة والكتابية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لأن عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وإصاحبه مطالبة بقرضه وكذلك أن بذل له بأذن أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الأمة ، فإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطعم ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يحجز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلاً ، وما ذكره ممنوع ثم إن هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أيسر للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى اجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) فإن كان في يده مال فذكر أنه معسر وإن المال لغيره فالقول قوله لأنه حكم بينه وبين

أن يلم بها ، قالوا نعم قال « لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له أم كيف يورثه وهو لا يحل له » أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم يصح كالوطء بشبهة ، وقال أبو حنيفة والثاني لأعدة عليها لأنه وطء لا نصير به المرأة فراشا فأشبهه وطء الصغير

ولنا ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تقرب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ومالك والثاني لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلاً وابراًة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل . وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك نقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب »

الله سبحانه وتعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم ذكر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لأنه أقر بفساد نكاحه وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فإن كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المهر لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، فإن كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقراره به وإن كان المسمى أكثر وجب للسيد أن لا يصدقه ، فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

﴿مسألة﴾ (فإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أسير أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة ؟ على روايتين) أما إذا أسير فظاهر المذهب أنه لا يفسخ نكاح الأمة وهو الذي ذكره الحنفي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الأمة وهو قول المزي لأنه أيسر للحاجة فإن زالت الحاجة لم يجز استدামته كمن أيسر له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة فلم يعتبر استدামته لخوف العنت ، وينارق أكل الميتة فإن أكلها بعد القدرة ابتداءً الأكل وهذا لا يبتديء النكاح إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنع ابتداءه دون استدামته

(فصل) فإن تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان

له « وقوله » التوبة تمحو الحوبة « وروي أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاعرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عناقا؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة) وزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك (فدعاء رسول الله ﷺ فلا عليه الآية وقال لا تنكحها ولا نها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن ان تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فاما حديث عمر فالظاهر انه استنبأها وحدث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل الزنا ، إذا ثبت هذا فان عدة الزانية كهة المطلقة لانه استبراء لحره فأشبهه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن ابي موسى انها تستبرأ بحيضه لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبهه استبراء أم الولد اذا عقت . واما التوبة فهي لاستغفار والندم ولا فلاح عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريدها على ذلك فان طوعته فلم تنب وان أبت فقد تابت فصار أحد الى قول ابن عمر تماعاه ، والصحيح الاول فانه لا ينبغي لمسلم أن يده. امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولان طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة لا محل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعاليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا؟ ثم لا يأمن ان اجابته الى ذلك أن تعود الى المنصبة فلا يحل التعرض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالذنب الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه، فلهذا يكون هذا .

(احداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء و الشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واستحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحره على الامة قسم للحره ليلتين وللامة ليلة ولانه لو بطل بنكاح الحره لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج حره وأمة فلم تغفره ولم يجد طولا لحره أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة أكثر من أمة اذا لم تغفره عنه أنه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهري والحاترث الكلبي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يعجبني ان يتزوج الامة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الامة الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر كأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فضل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشاذلي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتماعهما لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محالة لغير الزاني فحلت له غيرها

(فصل) وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينسخ النكاح ، وإن كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشاذلي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت ينفق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قد زنت رلا عنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لا يفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الاملام فأشبهت المرأة فاما الله أن فانه يقتضي الفسخ بدون زنا بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابله فلم يثبت زناها وذلك أوجب النبي ﷺ الخد على من قد زناه الفسخ واقع

العت ، ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولا نه عادم للطول خائف للعت فجاز له نكاح امة كالاولى ، وقولهم لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت وكذلك الرواية الاخرى عن أحمد ، فان كان تحت حرة لم تنفقه فيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الامة ذكرهما أبو الخطاب اذا لم تنفقه الامة لما ذكرنا ، فان كانت الحرة تنفقه فلا خلاف في تحريم نكاح الامة الاخرى ، فان نكح امتين في عقد وهو يستغفب واحدة فنكاحهما باطل لانه يبطل في احدهما وليست باولى من الاخرى فبطل كما لو جمع بين اثنتين

﴿ مسألة ﴾ (قال الحارثي وله ان يتزوج من الاماء اربما اذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وللعبد نكاح الامة وان فقد فيه الشرطان) لانه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان

كالحر مع الحرة وله نكاح امتين معا واحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه

﴿ مسألة ﴾ (وهل له ان ينكحها على حرة على روايتين ؟)

(احدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مسارية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة

كالحر مع الحرة ولانه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لا يجوز

وهو قول أصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب انه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة

على الحرة ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له ان يتزوج امة كالحر

ولكن أحد استحب الرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحد هذا ، قال أحد ولا يطؤها حتى يستبرأ بها ثلاث حيض وذلك لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر بسقي ماءه زرع غيره » يعني إتيان الحبالى ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه والاولى أنه يكفي استبرأؤها بالحيضة الواحدة لأنها تكفي في استبراء الاماء وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو باعتاق سيدها فيكفي ههنا والذصوص ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكفي بها (فصل) وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحد لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بنت وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين غيره ، قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

❖ مسألة ❖ (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز افرادها في العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حرية الزوج شرطاً في نكاح الحرية ، ويتخرج ان لا يجوز بناء على قوله لا يجوز نكاح الامة على حرية ولانه لا يجوز نكاح الامة على الحرية فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين

❖ مسألة ❖ (وليس للعبد نكاح سيده)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان نكاح المرأة عبداً باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها إياه يقتضي وجوب تفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها ، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتناقضان ولما روى الاثرم بأسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأل عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبداً فأتتهرها عمر وهم ان يرجعوا وقال لا يحل لك

(مسألة) (وليس للحر ان يتزوج أمته)

لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولا يجوز ان يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكانبته لأنها مملوكة

(مسألة) (ولا يجوز للحر ان يتزوج أمة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه إياها

﴿مسئلة﴾ قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلم يرد خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة اينكحها والخطبة بالضم هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة اقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوايها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولأن في ذلك افساداً على الخاطب الاول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تركن اليه فهذه يجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضم عصاء عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها بإياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرارها فإنه لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لا يليك » ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحها فما هي مضافة بجملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف (فصل) ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه لأن الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الأجنبي وكذلك سائر القرايات ويجوز للرجل أن يزوج ابنته لمملوكه ، وإذا مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك أن ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لانهما متافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وإن اشترى الحر زوجته أو جزءاً منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك أن ملكت المرأة زوجها أو جزءاً منه ولا نعلم في ذلك اختلافاً لما ذكرناه ، وإن اشترى ابنه فعلي وجهين (أحدهما) ينفسخ النكاح لأن ملك الابن كملكه في اسقاط الحدود وحرمة الاستيلاء فكان كملكه في ابطال النكاح (والثاني) لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالأجنبي

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فتي اعتقته ثم

بمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا نفوتيني بنفسك وأشبه هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لا نفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة أبي جهن ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلي عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست فقلت أجد أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقلت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأبكره فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والى يكون تهرضا لا تصر بها كقولها ما أنت الأرض وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحرقي وظاهر كلام أحمد فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصریح أخرى . وقال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما واستدل القاضي بخطبته لما قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أولا ؟

تزوجها لم تحسب بتطليقة وبهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر واسحاق وقال الحسن والزهري وقادة والاوزاعي تحسب هي بتطليقة ولا يصح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما فسح النكاح بوجود ما ينافيه فأشبهه انفساخه بإسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروي عن قتادة أنه لم يزد ملكه فيها الاقربا وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه **مسئلة** (ومن جمع بين محالة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل ؟ على روايتين)

وإذا عقد النكاح على اخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم أحدهما رضية للمتزوج فيقول له زوجتكما فيقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الأجنبية فيما ذكره الحرقي ونص فيمن تزوج حرة وأمة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وذكر شيخنا في روايتين أحدهما يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختاره أبو بكر لأنه عقد واحد جمع حلالا وحراما فلم يصح كما لو جمع بين اختين والثانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل

ولنا محوم قوله عليه السلام : لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكوته اليه فخرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة الملاحجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تترك أحد من واحد منهما من وجهين

(أحدهما) ان النبي ﷺ قد كان قال لها لا نسبيني بنفسك - في لفظ - لا نفوتيني بنفسك - وفي رواية - اذا حلت فأذنبني ، فلم تكن لتفتات بالاجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشارة فيهما أو في العدول عنهما لغيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل الى أحدهما على أنها ذكرت ذلك للنبي ﷺ لترجم الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكرنا من عيبها فخرى ذلك مجرى ردها لها ونهريجها بهما ، ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضا بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته بهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف ما نحن فيه .

(فصل) والتعويل في الرد والاجابة على الولي إن كانت محيرة وعليها ان لم تكن محيرة لاسها أحق بنفسها من وليها ولو أوجب هو ودغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن إجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وإن سخطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المحيرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواء

للكاح وأضيف اليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه منها فصح كالأفرادت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر منها منه وفيه وجه آخر ان لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محلاة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيها لان الجمع بينهما محرم فلا يصح فيها كالاختين

﴿مسألة﴾ (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين إلا إماء أهل الكتاب)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) ان أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لان الأمة الكناوية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية ولنا قول الله تعالى (الاعلى أزواجهم أو مملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولأنها بمن يمل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لانه فيه ارقاق ولده وابقاؤه مع كفرة بخلاف

فيذبحي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستمرارها فلا يذبحي له أن يكرها على مالا رضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لانها الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته مالم يقع العقد ، وإن لم يرجع هي ولا وليها ولكن ترك الخطاب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة . قال احمد لا يحل لاحد أن يخطب في هذه الحال ، وقال ابو جعفر العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهى تأديب لا تحريم ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المصوم فكان على التحريم كانه عن كل ماله وسفك دمه فان فعل فكأنه صحيح نص عليه احد فقال لا يفرق بينهما وهو مذهب الشافعي ، وروي عن مالك ودارد أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يفارق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الاجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرأثم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهم بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجهه رور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك الا عن طاوس لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وقوله (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية وروي أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بعثا قبل أو طاس فأصابواهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخرجون من غشيانهم من أجل أزواجهم من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا ذات حبل حتى تحيض حيضة » رواها أبو دارد وهذا صحيح وهم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريم ذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي فله إياها وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرها من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرمت الخطاب لأنه عقد عمري بدوم الضرر فيه وكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حفظها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهما كن سام سلامة ثم بداله لا يبعها

(فصل) فإن كان الخطاب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يسلم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو اسنام على سومهم لم يكن دأخلا في ذلك لأنهم ليسوا بأخوة المسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضا لأن هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

وانما أن لفظ انتهى خاص في المسلمين والحق غيره به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ، ولذلك لم تجب إجاباتهم في دعوة الولية ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المحصر بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجوز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه ، والاخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقا مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

(مسئلة) قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول آني في مثلك لراغب ، وإن قضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لنكحها على

مجموس فلم يلقنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قالت لأبي عبد الله اليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركت حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يعمل نكاح خثي مشكل حتى يتبين أمره نص عليه في رواية الميوني وذكره أبو اسحاق مذهبنا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسرة ولأنه قد اشته المباح بالمحظور في حقه فحرم لما ذكرنا وقال الحنفي إذا كان أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لأنه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيرا ونساء) وليس ثم خلق ثالث فإذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختار الحنفي أنه يرجع الى قوله قال ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وإن ذكر أنه امرأة يميل الى طبعه الى

زوجها فأنسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يحل به له لزوجها فهذا يجوز التعريض بخطبتها في عدتها أنول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا « إذا حلت ما ذنبي - وفي لفظ - لا نسقيني بنفسك - وفي - لفظ لا تقوتينا بنفسك » وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالامانة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها لخص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتى في صاب نكاحه

(القسم الثاني) بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختامة والبائن بفسخ لغية أو عسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانها مباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها فيه وجهان ولشأنني فيه أيضا قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن فأشبهت الماطقة ثلاثا (والثاني) لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يحل ويحرم لأن الخطبة لا تعد فلا يختلفان في حله وحرمة اذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلا لأنه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكور إلى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علامات الظاهرة فيرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقال ميراثه أو ديته قبل منه وان ادعى ما يزي ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسننه وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في الزوج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجرم بين تزويج الرجال والنساء .

(مسألة) (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة أنسخ نكاحه) لا قراره بطلانه ولزمه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لأنه أقرب قوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

(مسألة) (وان تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه) لأنه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول انك علي كربة وأني فيك لراغب وإن الله لسائق اليك خيراً أو رزقاً ، وقال الزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وإن قال لا نسبينا بنفسك أو لا نفوتينا بنفسك أو إذا حلت فأذني ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنائز فقال رجل لا نسبينا بنفسك فقالت سبتك غيرك ، وتجب به المرأة أن قضى شيء كان وما ترغب عنك وما أشبهه والتصریح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تؤاخذوهن سرراً) فإن النكاح يسمى سرراً قال الشاعر
فلن تطلبوا سرها لأنني ولن تسلموها لأزهادها

وقال الشافعي السر الجماع ، وأنشد لامريء القيس
ألا زعمت بسبابة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي
ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك أن قال رب جماع يرضيك ، ففيه عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف
(فصل) فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطأها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

فإذا أزال نكاحه فلا مهر له لأنه يقر أنه لا يستعته وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا .

باب انشروط في النكاح

وهي قسمان صحيح وقاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة اليه وتأييده من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كهدمه (الثاني) شرط ما تنفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالمثلن في المبيع
(مسألة) (فإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو يلدأها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لازم فإن وفيه إلا فلها الفسخ)

يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شرح وعمر بن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك واليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه وبقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيده . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدا باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجالية وقد نكحت عبدا فأنتهرها عمر وهم أن يرجعها وقال لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام المالك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفروه ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمة لأن المالك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نهلم في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة (فصل) ولا يجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق لذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه لها

وانا قول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فما هي مضافة إليه بحجتها شرعا أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمه أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الفرق بقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي وكذلك

ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسرابة فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ «إن أحق ما وفيت به الشروط ما استحللتم به الفروج» رواه سعيد - وفي لفظ - «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» متفق عليه وقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا بطلت فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل وقولهم أن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة المأقذ كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القربات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما. ولا يصح لانهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقتها على عتقها . وحكم المكنان يزوج بنت سيده أو سيدهته حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بحاله لانها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فان النبي ﷺ قال « المكنان عبد ما بقي عليه درهم » ولانه لو زال الملك عنه لما عاد بهجزه كما لو أعتق

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بهضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق ففني أعتقه ثم تزوجها لم تحسب عليه بتطليقة وبهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب وقال الحسن والزهرري وقنادة والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح وجود ما ينافيه فأشبهه افساخه بإسلام أحدهما أو ردتا ولو ملك الرجل بهض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمن روي عن قنادة أنه قال لم يزد ملكه فيها الا قرباً وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا يملكه ولا نكاح فيه

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضي عليه بلزوم الشرط حين قال إذا بطلت مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في البيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لها طلاق ضررها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لانه شرط لا ينافي العقد ولها فيه قاندة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغيره ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صفحتها ولتنكح فان لها ما قدر لها » رواها البخاري والنهي يقتضي فساد المنهي عنه لانها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ بيعه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

﴿مسئلة﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما) قيل إنما سمي هذا النكاح شغاراً لقبحة تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في المتح يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الأصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطأ جارية ابنه لان الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم] وليست هذه زوجة له ولا مملوكة ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فان وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لانها محرمة عليه على التأييد

ولما أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » والحد يدرأ بالشبهات ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي فاذا سقط بشبهة الملاك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فاذا ثبت هذا فانها تحرم على الابن على التأييد وان كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأييد ، واذا لم تعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها لانه ألتفها عليه وحرمه وطأها فأشبهه ماله قبلاً

ولما انه لم يخرجها عن ملكه ولم تنص قيمتها فأشبهه ماله أرضعها امرأته فانها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وان علقته منه فالولد حر يباحق به النسب لانه من وطأ لا يجب به الحد لاجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للأب . وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصير أم ولد لانها غير مملوكة له فأشبهه ماله وطئ . جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والثاني واسحاق وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولما ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الاثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال يعني ثوبك على ان أبيعك ثوبي قولهم ان فساد من قبل التسمية قلنا بل فساد من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولأنه شرط تملك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكأنه ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يقول على أن صداق كل واحدة منها بضع الاخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداق لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهراً في الاخرى

وانما انها عانت منه بحر لاجل الملك فاشبهت الجارية المشتركة إذا كان مومراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي يلزم ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يبنى على أصل وهو أن اللاب أن يملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عايه ولا قيمة ، تالف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر ان شاء الله تعالى

(فصل) وان وطئ الابن جارية ابيه عالماً بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبهه وطئ الاجنبية وكذلك سائر الاقارب

(فصل) وان وطئ الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فانت بولد أربي القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كالأول منفرد بوطنها وان ألحقته بهما ألحق بهما وان أودها أحدهما بمد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لا نفراده بابلادها فلا تنقل بعد ذلك الى غيره لان أم الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكتها

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنة فان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبها الاب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء ، قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم يهرأ أم ولد للاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكرن قد علفت بمملوك وان كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكه لان الاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم يتعلق به حاجته فيتملكه

ولنا ما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح أحدهما تزويج الاخرى فقد جمل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فان سميا مع ذلك مهرأ فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي لا تقدم من حديث ابن عمر وكأنه قد سمي صداقاً فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الحرق لا يصح لحديث أبي هريرة وما روى أبو داود عن الأعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جملاً صداقاً فكتب معاوية الى مروان قاصراً ان يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح أحدهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً بحقيقته أن عدم التسمية ليس بفسد للعقد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يقررون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عتقهم وكيفيته ولا يعتبر الشرط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بإخلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة ان لمما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب لارضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقرباءهم وأنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يتينا ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطالبة ثلاثا لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلمها بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها

نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعثك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين وهذا لا اختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لانه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سمي صداقاً ففيه وجهان (أحدهما) تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرص بالمسمى إلا بشرط أن يتزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لانه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهرأ فصح كما لو قال زوجتك على ألف على أن لي منها مائة

(فصل) فإن سمي لأحدهما مهرأ دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في أحدهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً فاشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهرأ ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك ويكون عتقها صداقاً لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته وإذا تزوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح

٥٣٢ إذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بهن بن منه (المنثني والشرح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف مسمى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان مسمى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لو واحدة منهن فان كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول معافهن زوجات ، فان كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان) في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه وبكوز ذلك فسخا لاطلاقا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على الآخر فان أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بهم الكوافر)

النكاح ويجب مهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول طائفة اهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكما الى ان تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا احلها للأول طلقها وحكي عن ابي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عتبة بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالنيس المستعار » قالوا بلى يا رسول الله قال « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » رواه الاثرم باسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجتهما ولأنه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء فاشبهه نكاح المتعة .

﴿مسئلة﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولما أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كمالو أبي الآخر الاسلام ، ولأنه ان كان هو المسلم فليس له امساك كافرة اقوله تعالى (ولا تمسكوا بهم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح مشرك ولنا على أنها فرقة فسخ انها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا كمالو أسلم الزوج وأبت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرة اذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر . ثانياً ان كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمراً أو خنزيراً لأن الفرة حصلت بفعله ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء . لها لان الفرة من جهتها وهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها أبو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويتنصيه قول أبي حنيفة لان الفرة حصلت من قبله بابائه الاسلام وامتناؤه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كمالو علق طلاقها على الصلاة فصارت .

ونقل عن أحمد في محبوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لا شيء . لها من الصداق ووجهها ما ذكرناه ووجه الاول أن الفرة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرة حاصلة

إذا تواطأ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط ؟ فالتكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر ان رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتك أمسكتها وان كرهتها فارقتها قال وان كنا نعد على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثاً أيحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشافعي وفتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجهها مثل قولها لانه خلا عن شرط يفسده فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان العقد انما يبطل بما شرط لانه قصد بدليل ما لو اشترى عبداً بشرط ان يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه قد روي عن عمر ما يدل على اجازته فروى أبو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً فيبدا هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها فلم يجب لها شيء. كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين إذا أسلما معاً فها على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله. ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين. وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يا رسول الله إنها كانت أسلمت معي فردها عليه ويعتبر تناظرهما بالإسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد، ولأنه بعد اتفاقهما على النكاح بكافة الإسلام دفعة واحدة، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع.

(الفصل الرابع) أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان (إحداها) يقف على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضاءها فها على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج إلى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والارزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن، والرواية

الرقعتين شيئاً ويحك لي؟ قالت نعم إن شئت فاخبروه بذلك قال نعم فزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول يا ويله غلبتني امرأتي فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك؟ قال ذو الرقعتين قال أرسلوا إليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف وضعك من قومك؟ قال ليس بموضع بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طالق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فإنه لا يكرهك فأنبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزقنا الرقعتين فدخل عليه فقال أنطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لا وجمت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوه من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فيكون إجماعاً ولا نه قصد به التحليل فلم يصح كالمشروط أما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر أسناده إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فإن هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجعتما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة

الثانية تتمحل الفرقة وهو اختيار الحلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقاتادة والحكم وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فأنقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك إن أسلم الرجل قبل إصرائه عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال كان بين أسلام صفوان بن أمية وإصرائه بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده إصرائه بذلك النكاح . قال ابن عبد البر وشبهة هذا الحديث أقوى من إسناده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبينما على نكاحهما ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلّم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي إصرائه ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولأن أبا سفيان خرج أسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند إصرائه حتى فتح النبي

صح العقد لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين فإن قصدت المرأة أو وليها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح قال أحمد كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « تريد أن ترجعي إلى رفاة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لمن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لأنه الذي إليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الأجانب فإن قيل فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قيل إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وإن اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعضه لينفخ النكاح بملكها لم يصح قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يوثق بان جميعاً وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل وعلى أحمد فساد بهيئين (أحدهما) أنه شبه المحلل لأنه إنما زوجها إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح المحلل فاسد ثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فإنه قن ولا يحصل به الإحصان

ﷺ مكة ثبتنا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نساها ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويعد أن يتفق إسلامها دفعة واحدة ، ويقارن ما قبل الدخول فانه لأعدة لها فتعجل البيونة كالملقة واحدة ، وههنا لها عدة . فإذا انقضت تبينا وهو ع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق (الفصل الخامس) أنه اذا أسلم أحد الزوجين وتختلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد إلى زوجها ، وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بن كاعها الاول رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل ، وقيل كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين ولنا قول الله تعالى (لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولا تأمكوا بهنم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم زوج المسلمات على الكفار فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لا يخلو من أن تكون قبل نزول نحریم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمرار حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضه لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روي ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بن كاع

ولا الإباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة قيل فقد سماه النبي ﷺ محلا وسمى الزوج محلا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محلا ولا محلا له قلنا سماه محلا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولو كان محلا في الحقيقة والآخر محلا له لم يكونا ملعونين (الثالث) نكاح المتعة وهو أن يزوجه إلى مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهرا أو سنة أو إلى انقضاء الموسم وقدم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام وقال أبو بكر فيهما رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال تجتنبها أحب إلى قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ومن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن مسعود وابن الزبير قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مالاك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وإليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها وروي أن عمر قال

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب

(فصل) وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فإن كان مسمى صحيحاً فهو لها لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وإن كان محرماً أو قد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لأن الحرة والخزير لا يجوز أن يكون صداقاً للمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فإن قيل إذا لم تسلم تبيننا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فإن قيل الرجعية جرت إلى الذبونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا إلا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً بمكته تلافيه بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعاً لأنه ما أمكنه تلافيه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مسألتان (أحدهما) أن يقول الزوج أسلمنا معاً فنحن على النكاح ونقول هي بل أسلم أحدهما قبل

متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما : متعة النساء ومتعة الحج ولا يحد على منعة فجاز مؤقتاً كالاجارة

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع وفي لفظ أن رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم قال « يا أيها الناس إني كنت أذن لكم في الاستمتاع إلا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة » وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية متفق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميثقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الإمام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة ، فحمل الأمر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الاسلام
منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب
فيها وجه آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طاري عليه فكان القول قول من
يوافق قوله الاصل كالمكر ، ولشأنه قولان كهذين الوجهين

(المسئلة الثانية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صداق لك وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف
الصداق قال قول قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بتأويله ولم يعارضه ظاهر
فبقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فليأخذ نصف الصداق كذلك ذكره
أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لأنها نشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك
وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح
لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تبين الطهارة وشك في الحدث أو تبين الحدث وشك في الطهارة
بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجبا لها وشكها في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا
بعد الدخول ففيه أيضا مسألتان (إحداهما) أن يقولوا أسلمنا معا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على
النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل
بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرما ولانه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث
فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع فروى أبو بكر بن سنان
عن سعيد بن جبير قال قالت لابن عباس لقد أكثر الناس في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثواء بنا ممأً يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس

هل لك في رخصة الاطراف آنسة تكون مثواك حق مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المتعة كاليتة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال أما
كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيزوج المرأة بقدر ما يدري أنه
يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى زلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)
قال ابن عباس فكل فرج سواها حرام رواه الترمذي فاما اذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت
نسخه واما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز
أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته

(فصل) فان تزوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بمد شهر أو اذا انقضت حاجته فالنكاح
صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته
وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسئلة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك في نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فاقول قولها لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وان قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فاقول قوله لان الاصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبهه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربى حرية ثم دخل دار الاسلام وعقد الدمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضا للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامراته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها أسدوا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول فان قاطم للنكاح اختلاف الدين اذ انهم من الاقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم بدار الاسلام خريفة من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان شرط أن يطلقها في وقت بعينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح انكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها .

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المتعة ولانه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح المتعة ويفارق ما قاسوا عليه فانه لم يشترط قطع النكاح

﴿مسئلة﴾ (وان علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله)

لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولانه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط ان رضيت أمها رواية ان النكاح صحيح لانه يصح في الجهل بالعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالعتق ويبطل للشرط والاول أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) ان شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة او يقسم لها أكثر من امرأته الاخرى او اقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك ان شرط أنه إن اصدقها رجع عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الاسلام فأباح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعة منهن وفارق ما سواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كنايات لم يكن له إمساكن كهن بخير خلاف فعله ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعة منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الاواخر . نص عليه احمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفخ نكاح جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأثبت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاه وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفيعه قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق وقد نص احمد فيمن زوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى الا ليلة وليلة فقال : لها ان تنزل الا بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لا أرضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه ان شاءت ، ونقل عنه الاثر في الرجل يزوج المرأة ويشترط عليها ان يأتيها في الايام يجوز الشرط وان شاءت رجعت ، وقال في الرجل يزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولها ان ترجع في هذا الشرط ونقل عن احمد كلام في بعض هذه الشروط بمحتمل ! بطل العقد ونقل عنه المروزي في النهاريات والليليات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام ومن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل وقال أصحاب الرأي اذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسر وعطاء لا يران بنكاح النهاريات بأساً وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياماً معلومة . قال شيخنا ولعل كراهة من

فقال « اختر منهن أربعة » رواه احمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعة . رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسلا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن عتبة عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الامام احمد والترمذي وغيرهما ، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له امساكه بنكاح مطابق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما اذا تزوجت بزوجين فنكاح الثاني باطل لأنها ملكته ملك غيرهما ، وإن جمعت بينهما لم يصح لأنها لم تملكه جميع بضعها ولأن ذلك ليس بشائم عند أحد من أهل الاديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعة فما دوز وبفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي ﷺ أمر غيلان وقيسا بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ، ولأن المسلم لا يجوز اقراره على نكاح أكثر من أربع فإن أبي أجبر بالحبس والعزير إلى أن يختار لأن هذا حق عليه يمكنه ايفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لأن الحق ههنا لغير معين وإنما تعين الزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فإن الحق لمعين يمكن الحاكم ايفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فإن جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى ابطال الشرط وإجازة من أجازته راجعة إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وابطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على السر وهو منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط ما ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة من اشترى شيئا على أن لا يقبضه ، وإن شرط عليها أن لا يوطأ لم يفسد لأن الوطء حقه عليها ، وبمحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ اذا تعذر بالجلب والعنة

(الثالث) أن بشرط الخيار إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما اذا شرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق اذا تزوجها على أنه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروى ذلك عن الزهري ولأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشتاعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدنائتها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار ويصح النكاح لأن النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالمعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن الشرط

الاختيار وعليه نفقة الجميع الى أن يختار لهن محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات أيتن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لاييه الاختيار عنه لان ذلك حق يتعلق بالشهرة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار

(فصل) فان مات قبل أن يختار لم يبق وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم وعلى جميعهن العدة لان الزوجات لم يتعين منهن فمن كانت منهن حاملاً فعدها برضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدها أربعة أشهر وعشر لانها أطول المدتين في حقها، وان كانت من ذوات القروء فعدها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عيبتها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فان اصطالحن عليه فهو جائز كيفما اصطالحن لان الحق لمن لا يخرج عنهن وان أئين الصلح فقياس المذهب أن يقرع بينهما فتكون الأربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطالحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء، أو اخترت هؤلاء، أو أسكتتهن أو اخترت

والمقد جائز ان لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» وذكر القاضي في كتابه الروايتين والوجهين، أما صحة المقد فلان اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد وانما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في المقد، وأما المهر فانها لما لم يكت فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في المقد ولا يؤثر فيه، والرواية الأخرى يبطل العقد في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا بوجب جوازه ولانه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فان شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلان لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فانه اذا فسد أحد العرضين فسد الآخر، اذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويسح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الايمان ويثبت فيه الخيار كالتباعدات (والثالث) يبطل الصداق لانها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافق على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فان تزوجها على أنها مسلمة فبانت كاتبة لله الخيار) لانه قص وضرر يتعدى الى الولد فأشبهه ما لو شرطها حرة فبانت أمة

حبسهن أو امساكن أو نكاهن أو أمسكت نكاهن أو ثبت نكاهن أو اثبتن، وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة وإن قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان «اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن» وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للمفارقات لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وإن وطئ. إحداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب لأنه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قدف لم يكن اختياراً لها لأنه يتم في غير زوجة

(فصل) وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لهن بن منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرن فسخ لأنها تثبت

(مسئلة) (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) وقال أبو بكر له ذلك

لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات عليها والاول أولى

(فصل) فان شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لأن ولده يسلم من الرق ويتمكن من الاستمتاع بها ليلاً ونهاراً، وإذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينه فبانت خيراً من شرطه لأنها زيادة

(فصل) وان شرطها بكرأ فبانت ثيباً فمن أحد كلام محتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه عيب سرى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار إلا يرد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية، وكذلك لو شرطها حسناً فبانت شوهاً أو ذات نسب فبانت دونه أو ببضاء فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفى العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصمم ونحوه فإن بخلاف ذلك ففيه وجهان. ومن أئزم لزوم من هذه صفتهما الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر، وروى الزهري أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء وكانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب بالعذرة، وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء. والعذرة أن الحيضة تذهب بالعذرة والثيبة والتعيس والحمل الثقيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لان عدة من انفسخ نكاحها كذلك وان ماتت احدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لان الأربع الزوجات لا بين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين وان طاق الجميع أقرع بينهما فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتنقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لأنهن زوجات ويعتدّن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات، والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان طلقهن قبل إسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ في التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساري الحقوق (فصل) وإذا أسلم قبلهن وولنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وان قلنا يقف على

(فصل) اذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما اذا شرط ذلك (مسئلة) (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على أنها حرة وولدت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجم بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فان رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) ان النكاح لا يفسد بالغرور وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوايه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعنك هذا الفرس فإذا هو حمار ولنا ان المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فإذا هي سوداء وكذا نقول في الاصل الذي ذكره ان العقد صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الفاتت اللت فان ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اخلفا في الصفات [والثاني] ان البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل انه يرد بفوات أي شيء. كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلم لانه اعتمد حريتها فكان ولده أحراراً كاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى جارية يظنها ملكاً لبائعها فبانت بمصوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) ان علي الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أمن بن منذ اختلاف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن، وان كان وطئن تبينا أنه وطئ غير نسائه وان لاعنهن أو ظاهر أو كذب تبينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا أنها زوجته فوقم الطلاق بها وكان وطؤها وطئاً لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤها لها قبل طلاقها، وان طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت لزوجة في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لانه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) واذا أسلم وتحتة ثمان نسوة فألم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بهدء وإنما هو تصحيح للعقد الاول بهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وان أسلمت واحدة منهن فقل اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت ففسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ إنما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداءهم لان الولد ينقذ حر الاصل فلم يضمته لسيده لانه لم يملكه وعنه انه يقال له افتدا أولاده وإلا فهم يتبعون الام، فظاهر هذا انه خير بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداءهم كما لو وطئها وهو يعلم رتتها، قل الحلال اتفق عن أبي عبد الله انه يفتدي ولده وقاله إسحاق عنه في موضع ان الولد له وليس عليه أن يفتديهم، وأحسبه قولاً لأبي عبد الله والصحيح ان عليه فداءهم لفصاء الصحابة به ولانه نساء الامه المملوكة فبيله أن يكون مملوكاً لما لها وقد فوت رقه باعتقاد الجزية فلزمنا ضمانهم كما لو فوت رقههم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل (الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمرو بن علي وابن عباس وهو قول الشافعي، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه إنما يضمهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا انه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه حينئذ لانه فات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الا انه لم يضمها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين قلنا انه لم يكن تضمينه حينئذ اهدم قيمة والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضغ

بوقت للاختيار لأنها جارية الى بينونة فلا يصح إمساكها وان فسخ نكاحها لم يفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبين وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وإن قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى وإن قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعاق بالشرط ولا بماكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيارها فكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطابق بطلانه والثاني لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) وإذا أسلم ثم أحرم بمحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكحة فليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) وإذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيمتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ « من أعتق شقة صا من عبد قوم عليه نصيب شريكه » ولان الحيوان من المتقومات لا من ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلف (والثانية) بضمتهم بمثلهم عبيداً الذكر بالذكر والانثى بالانثى لما روى سعيد بن المسيب قال : بعث جارية لرجل من العرب واتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سبدها دب واستاقها واستاق ولدها فاخذهموا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقتلهم المذربي بفداء ولده يعني غرة مكان كل غلام بفلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المذروب حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثلهم في الصفات تقريباً لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو مخير بين فدايتهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني اما القيمة أو رأس برأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولكن لأدري أي الاسنادين أقوى ؟ وهذا اختيار أبي بكر قال في المقنع الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وإيهما اعطى أجزأ ووجه ذلك انه تردد بين الجنيين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغرة من المضمونات فاقضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر فاذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس زوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متبنون وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطئ الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولما أثرهن المسمى بالعقد الاول ومهر المثل للوطء الثاني لانهن أجنبيات وان وطئن بعد اسلامهن فالوطوءات اولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه

(مسألة) قال (ولو أسلم وتحته اختان اختيار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كفوله في عشرة نساء .

ولنا ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قالت يا رسول الله اني أسلمت وتحتي اختان قال « طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق أحدهما قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المرأوزعتها أو خاتمتها لان المغني في الجميع واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن بضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا ينبنى على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش لمثله وهو دون ستة اشهر فلا ضمان له لانه لا قيمة له

(فصل) في المهر ولا يخلوان يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فاما المسمى فان كان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لعذر من جهتها فهي كالملكية يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن زوجها بغير اذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع) انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقيمة الاولاد وهو اختيار الحرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وفيه رواية أخرى لا يرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفق وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كالمواشري

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلمت في عدة الاولى فله أن يختار منهما لأنه أسلم ونجته أختان مسلمتان وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني وإذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به (فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختار احدهما لم يبطأها حتى تنقضي عدة أختها اثلا يكون واطثا لأحد الأختين في عدة الاخرى ، وكذلك اذا أسلم ونجته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات اثلا يكون واطثا لأكثر من أربع ، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب .

(فصل) وإذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمت معه قبل الدخول فاختار احدهما فلا مهر للآخرى لأنها تبيننا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهرأ كما لو فسخ النكاح لم يرب في احدهما ولأنه نكاح لا يتر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المحرمي أخته

منصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لأنها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لآبيه وقال القاضي الا ظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا اذا ثبت هذا وكان الغرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في ان يجب له ما يرجع به عليه وان كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق برقبته او بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي قياس قول الحرقي انه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فقلت امرها رجلا فزوجها على انها حرة قال فداه علي من غره يروي هذا عن علي وابراهيم وحامد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فدائها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في ان يوجب عليه ثم يرده اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلما قبل الدخول وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع إذا أسلما جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم

(مسألة) قال (وإن كانتا أما وبنتا فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول ففسد نكاح الام وإن كان دخل بالام ففسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصاين (أحدهما) إذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزي ، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار ، فإذا اختار الام فكانت لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فرض إليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وإنما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأما فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الغرور الموجب للرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجها على أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم تجر به العادة في العقود ولا يجوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فتكبحها على ذلك ورغب فيها واصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب ازالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره واضربه فعلى هذا ان كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) انه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فإنه يفرق بينهما لاننا ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان زوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت لإشراط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بها حرمتا على التأييد الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيته من زوجته التي دخل بها ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم ، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك إن البنت تكون ربيته مدخولا بأمها والأم حرمت ، مجرد العقد على ابنتها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداها كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً فإن كانت المسلمة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بأمها فهي محرمة على التأييد ، ولو أسلم وله جاريتان إحداها أم الأخرى وقد وطئها جميعاً حرمتا عليه على التأييد وإن كان قد وطئ إحداها حرمت الأخرى على التأييد ولم تحرم الموطوءة وإن كان لم يوطأ واحدة فله وطئ أيتها شاء ، فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأييد والله أعلم

(مسئلة) قال (ولو أسلم عبد وتحتته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتان ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجه ذلك أن حكم العبد فيما زاد على اثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحتته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرين كانتا أو أميتين أو حرة وأمة لأنه له الجم بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء ، على ما مضى في الحر

معنى قول الخرقى وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة ولأنه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ

ولنا أنه عقد غرضه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالأخر ولأن الفكاهة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقطه جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الأماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقيم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعلمت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها معتقدا حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتق نصفها كالامة القن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد يقوم كأنه عبده حكم أمه وكذلك من اعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الواطئ ، فإن كانت مكاتبه فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان تحتة حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة وأمة وليس للحررة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حررتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معييا تعلم عييه ثم أسلم . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث والاول أصح فإن الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم وتحتة أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع اسلامهم فانه حرء فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كن أسلم وتحتة اما فأسلمن معه ثم أبسر ولو أسلم ومعه اثنان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجوز الا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بالاسلام الاولين

(فصل) وان تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلنفسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وأما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لأنه قد بسـ لم يقطع جريانهن الى بينونة فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بنـ باختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في العدة بنـ لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة به في كتابتها فان كان الغرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة في إيجاب لها يرجع به عليها وان كان الغرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لا شيء حتي تثبت له أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت المهرور بها فضررها ضارب فالقت جنيئنا ميتنا فعلى الضارب غرة لأنه محكوم بحريته ويرثها ورثته فان كان الضارب أباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة امه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولا لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظنها حرة فبانت أمة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لا خيار له ووافقاه فيما اذا ظن أنها مسلمة فبانت كافرة أنه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيها جميعا قولان ولنا ان نقص الرق اعظم ضررا فانه يؤثر في رقبته ولده ومنع كمال استمتاعه فكأن له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها وأشبهن الرجعية فان أئمن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لان تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبيئونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم اعتقن فاخترن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لا خيار لهن لانه لا حاجة بهن الى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله

فاما ان اخترن المنام وقلن قد رضينا بالزوج نذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحالة اجتماعهم على الاسلام ، وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لان اختيارهن الاقامة ضد للحالة التي هن عليها وهي جريانهن الى البيئونة فلم يصح كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشئ فانت طالق ثم عتقت فاخترت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر وتحتة اماء فاعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام ، وان أسلمت إحداهن معه ثم اعتقت

(مسألة) (وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره) وذلك أن حكم العبد المغرور حكم الحر في حرية أولاده ، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لان أبويه رقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حرينها فأشبهه الحر فان هذا هو العلة المقضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليل ولد الحر من الامة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الحنفي فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير اذن سيدها وتنفارق الاستدانة والجناية لانه اذا استدان أنفق مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يحسن في الاولاد جناية وانما عتقوا من طريق الحكم وما حصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فانه لا ينبغي ان يجب له بذل مالم يثبت عليه وأما الحرية فتعجل في الحال وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كشبوته للحر الذي يجعل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلاً ونهاراً ولم ترض به ويحتمل ان لا يثبت له خيار لانه نقص صفة لا ينقص بها عن رقبته فاشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تقرير الحر وقال بعض الشافعية لا خيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البواقي فله أن يختار من الاماء لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم تحت أربع اماء ، وهو عادم للطول خائف للعنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه في احدى الروايتين ، والاخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قدمضي في ابتداء نكاح الاماء ، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولا يمكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدائل أنه لا يشترط له شروط العقد فأشبهه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى اليقونة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل بين ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك ، وقال ابو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل بين بمجرد اسلامه اثلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كاملاهن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كتابيات أو غير كتابيات لانه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

فيه قولان والاولى ما ذكرناه واذا اختار الاقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الحسنان وهل يرجع به ؟ على وجهين

﴿ مسألة ﴾ (وان تزوجت المرأة عبدا على أنه حر أو ظنته حراً فبان عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كانت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقتنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلا ولياؤها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد به ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق .

(فصل) ولو أسلم وهو واحد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لأن شرائط النكاح تنبهر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم للطول خائف للفت فكان له الاختيار، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أبسر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لأن وقت الاختيار دخل باسلام الاولى الا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أبسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لأن الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أبسر كان له أن يختار لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فخير حاله لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج او اختار ثم أبسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لأن له أن يختارها لو أسلمن كاهن فكذاك إذا أسلمت وحدها، وان أحب انتظار البواقي جاز لأن له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وان البواقي من اختلف لدينهن وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعددهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غرها بنسب فبان بدونه وكان ذلك مخلاً بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا وليائها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطته فقيها فبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير بمكافيء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقير والجمال واشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون ما ذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب) هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابه وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد ابن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير برة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فيكون لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروي عن أحمد ذلك .

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكنتانية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج برة كان عبداً وهما أخص بها

بعضهم دون بعض بان اللائي لم يسلمن منذ اختلاف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان أسلم البواقي في العدة تبين انهن بن منه باختباره وعدتهن من حينئذ وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه وان طالق التي أسلمت معه طالت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فما زاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال ولا يفسخ النكاح ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى معهن وان اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لاننا ندين أن نكاحها كان لازماً فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها وهذا يبطل ما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود في الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم وتحتها ماء وحره ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزم نكاح الحره وينسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحره فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام (الثانية) أسلمت الحره معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقضت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مفيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قال في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى اهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح حر أعن الاسود وحده فأما غيره فليس بذلك قال والمقد صحيح فلا يفسخ بالمتخلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت تحتها تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(مسألة) (وان كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع اهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كاتبت بريرة نخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراً ما خيرها رواه مالك وابو داود والنسائي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها اسقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باخلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلم وان أسلمن في عددهن ابن من حين اسلام الحررة وعددهن من حين اسلامها فان ماتت الحررة بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء دون الحررة وهو معسر فلا يخلو إماما أن تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين باخلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحررة أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وقضاء عدتها لاثلاثا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحررة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لانا تبيننا أن النكاح انفسخ باخلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا وان الطلاق وقع فيه والامام ابن بنبوت نكاحها قبل الطلاق .

(فصل) وان أسلم وتحتة إماما وحررة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لا يجوز لفاد على حررة وانما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم تنظر فان لم تسلم الحررة فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتبارا لحالة اجتماع اسلامه واسلامهن وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتها فان كان قد اختار واحدة من الممنقات في عدة الحررة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لان الاختيار لا يكون موقوفا فاما إن

﴿مسئلة﴾ (ولها الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ محم عليه غير مجتهد فيه فلا يفتر إلى حكم حاكم كالرد باليب في المبيع بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار وروى الحسن عن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال « اذا أعتقت الامة فهي بالخيار ما لم يبطأها إن شئت فارقته فان وطئها فلا خيار لها » رواه الامام أحمد في المسند (فصل) فان اختارت الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث إلى انه طلاق بائن ، قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا لم يبلغنا ان أحدا من الصحابة أنكر ذلك ولانها تملك الفراق فلما طلق كالرجل

ولنا قول النبي ﷺ « الطلاق ان أخذ بالساق » ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من يفسخ نكاحه برضاها ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انشأه في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصلح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

﴿مسئلة﴾ (فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما اذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالبيع

اعتن قبل أن يأسمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو اعتن قبل اسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم اعتن ثم أسلم فكذا ذلك ويون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحتته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحتته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداها لانه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لانتظار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وان أسلم الجميع في العدة كاف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كاف اختيار اثنتين وان أسلم معه أربع كاف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا والصحيح ههنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الحرقى وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهرى وقنادة وحكام بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة وذكر القاضي أن لها الخيار إذا لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها ما يدل على الرضى فهو كما لو لم تصب، ووجه الاول ما تقدم من حديث عمرو بن أمية ، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ففقت قالت فأرسلت إلى حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك وإن مسك فليس لك من الأمر شيء . فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقت ثلاثا ، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار مالم يمسها ، ولانه خيار عيب فيسقط بالنصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريم على هذا القول . فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خناء ذلك عليها شل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الأصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونهما في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعي في قبول قولها قولان .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجهة ذلك انه اذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان المسلم أن يتدىء نكاح كتابية فاستدامته اولى ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازه نكاح الكتابية، فأما ان أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجأت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيها لو أسلم أحد الزوجين الوثنين على ما تقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلالمهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المهرسي كتابية ثم ترافعا اليها قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسي تزوج كتابية بحال يدينه وبينها قيل من يحل يدينه وبين ذلك قال الامام ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا اليها لأعلى ديناً منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذي نكاح المسلمة . وان تزوج الذي وثنية او مجوسية ثم ترافعوا اليها ففيه وجهان [أحدهما] بقر على نكاحها لانها ليست أعلى ديناً منه فيقر على

﴿مسئلة﴾ (وخيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)
ومن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث أنه إلى ثلاثة أيام . ولنا ما روى الامام احمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقه وان وطأها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهي عند منيث عبد لآل بني أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية الى ذلك فثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار الدفع ضرر متحقق فأشبهه ما قلنا

﴿مسئلة﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عهها ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حينئذ لكونها صاراً على صفة لكل منها حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها كما يقر المسلم على نكاح السكتاية [واثنائي] لا يقر على نكاحها لانها ممن لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذي على نكاحها كالمرتدة

(مسألة) قال (وما سمي لها وهما كافران فتقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وان كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

وجعلته ان الكفار اذا أسلموا وتحاكموا الينا بعد العقد والقبض لم نعرض الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ ونيس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا] وأمر بنرك ما بقي دون ما قبض وقال تعالى [فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله] ولان التعرض للمقبوض باطلا يشق لتطول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الاسلام فعني عنه كما عني عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تابعا بيما فاسدا وتقابضا وان لم يتقابضا فان كان المسمى حلالا وجب ما سمي به لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وان كان حراما كالخنزير والخنزير بطل ولم يحكم به لان ما سمي به لا يجوز ايجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان بعد الدخول ، ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف

فان كان زوجها قد وطئها فظاهر كلام الحرفي أنه لا خيار لها فان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لها الخيار لانه لا رأي لها فلا يكون تمكينها من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجها من وطئها .

(مسألة) (وان طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يعتق ، وقال القاضي طلاقه بوقوف فان اختارت الفسخ لم يقع لانه يتضمن إبطال حقها من الخيار وان لم تختار وقع ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العتق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم يختار والفسخ انما يوجب الفرقة من حينه لانه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه اذ الحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت به الاحصان والاحلال للزوج الاول ، ولو كان الفسخ سابقا لانعكست الحال قول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير العدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خمرأ أو خنزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسنانا
ولنا ان الخمر لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولا نه محرم فأشبه ما ذكرنا

(فصل ١) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متسارية فقبضت خمساً منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لأنه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فلكل سبعة واحد واحد من الخنزيرين ولزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم يخر الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما نذكر فيها بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنت بالفسخ وان لم تفسخ فلها نصف الصداق لأنها بائنت بالطلاق (مسئلة) (وان أعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعه اذا لم تفسخ ، فان قيل تفسخ حينئذ قلنا اذا محتاج الى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها فهو كما لو طلقها طلاقاً أخرى وتبني على عدة حرة لأنها عتقت في عدتها وهي رجعية (مسئلة) (فان اختارت المقام فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لأنها جارية إلى بينوته (والثاني) يبطل اختيارها لأنها يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام أصاب النكاح وهو اختيار شيخنا ، وان لم يخر شيئاً لم يبطل خيارها لأنه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لأنه يحتمل أنه كان تحرياً بها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها إليها الفسخ حينئذ وان فسخت ثم عد فزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طلقتين لأنه صار حرّاً فلك ثلاث طلاقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلم قبل الدخول أو ترافعوا البنا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال أحمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أختها فيطلقها أو يموت عنها فترفع إلى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول ، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احدهما) لا مهر لها والاخرى لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذي لا يطالب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب المرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وانما وجب المهر في حق المفوضة لئلا نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذي

(فصل) اذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجه إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولنا لا حاجة

(مسألة) (وتبي اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمر لا سيد)

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمر لا سيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لانه وجب بالعقد وإن اختارت المقام ولم يوجد له سقط فانفسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء . وهو لا سيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العقد أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العقد فكذلك وان كان بعده قالوا يجب مهر المثل ولنا أنه عقد صحيح فيه يسمى صحيح انصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، فلو لم يكن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحد أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول وكونه حلالاً .

(مسألة) (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن لا سيد نصف المهر اختاره أبو بكر لانه وجب لا سيد فلا يسقط بفعل غيره .

الى عقده بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا البنا بعد العقد لم تتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداءً أقرها ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداءً نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فإن تزوج معتدة وأسلمها أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لأنه لا يجوز ابتداءً نكاحها وإن كان بعد انتقضائها أقر الجواز ابتداءً نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان في المدة فهما لا يعتقدان تأييده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرأ عليه لانهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلمها فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقر لانهما يعتقدان لزومه وكما اعتدوه فهو نكاح يقرون عليه ومالا فلا ، فلو مهر حربي فوطئها أو طأعته ثم أسلمها فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أقر عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداءً نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحاً لم يقرأ عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعاق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة الزوج الأول والاحصان وغير ذلك ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولما أن الفرقة جات من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من بفسخ نكاحها وقوله وجب لغير قلنا لكن براءتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بإسلامها ورددتها (فصل) ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو لغير قلنا أيضاً لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ولذلك لو مات أحدهما وجب والمهر لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وإن كان الفسخ قبل الدخول والارض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المتعة لانهما تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(مسألة) (وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لأن عتق المعسر لا يسري بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنها أكل منه فانتها ترث وترث وتجب بغير ما فيها من الحرية ، ووجه الرواية الأولى أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لأن الحرية كاملة الأحكام ولأن العقد صحيح فلا يفسخ بالتحلف فيه وهذه مختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه إذا عتقت وزوجها حر بهذه الملة فأما إن كان المعتق موسراً مري إلى باقيها فعتقت كلها وثبت لها الخيار

وانا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقم كطلاق المسلم، فان قيل لانسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامراته محالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ «ولدت من نكاح لامن سفاح» وإذا ثبت محبتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلم لم يقرأ عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلمها فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لطلاقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافرا، وإن ظاهر اللفظ من امرأته ثم أسلمها فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وإن آلى ثبت حكم الابلاء لقوله تعالى (لذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله إلا أنهم يترون على الأنكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعوا اليها (والثاني) أن يعتقدوا إباحتها ذلك في دينهم لان الله تعالى قال (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجهثوا اليها ولان النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعرض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقدروي عن احمد في المجوسي تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما؟ قال الامام قال:

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهائم مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لانها تخرج من الثالث وإن لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان، فكما اقتضى من مهرها شيئا عتق منها بتدر ثلثه فاذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فان كان زوجها وطئها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لانها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الحنفي لا يبطل لانها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فاشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحنفي لان فسخها للنكاح سقط به صداقها فيعجز الثالث عن كمال قيمتها ورق ثلثها وبسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر يعتق ثلثها إذا استوفى وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها

(فصل) وإن أعتق زوج الامة لم يثبت لها خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يكن له الخيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبدا فلها الخيار فكذلك في الاستدامة لكن ان أعتق ووجد طول الحرية فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين مضى ذكرهما

(فصل) إذا أعتقت الامة فقالت لزوجها زدني في ميري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجي . على قوله في تزويج النصراني المجوسية ويجي . على هذا القول أن بحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب : ان فرقوا بين كل محرم من المجوس ، وقل أحد في مجوسي ملك أمة نصرانية بحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لان النصراني لهم دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال ابو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الآن عليه نصف المهر)

وجه ذلك أنه اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا يفسخ بالردة لان الأصل بقاء النكاح

وانا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أصحبت تحت كفر ، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق ، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده أو أمة ثم اعتقا جميعاً فقالت الأمة زدني في مهري فالزيادة للأمة لالسيد فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال الأمة وعنى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة لسيد المعتقد في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فيكون كالمذكور فيه ، قال شيخنا : والذي قلنا أصح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها ، وقلنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبينا ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتقد فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نأؤه وهذا أظهر من ان نطيل فيه .

﴿مسئلة﴾ (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه يفسخ نكاحهما)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقهما واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿مسألة﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)

اختلفت الرواية عن احمدهما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيها إذا سلم أحد الزوجين الكافرين في احدهما تعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ماوجب فسخ النكاح استرى فيه ما قبل الدخول وبمده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فها على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ قم به الفرقة فاذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كالسلام الحربية تحت الحربي، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فان قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلاكت الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لان حرية العبد لو طرأت بعد عتقها منع فاذا قارنت كان أولى أن يمنع كالسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة ان أعتقا انفسخ نكاحهما لان العتق معنى يزيل الملك عنهما لا الى مالك فجاز ان تقع به الفرقة كاللوت ولأنه لا يمتنع أن لا يحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللعان والاقالة في البيع. قال شيخنا: معناه والله أعلم أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسري به ثم أعتقهما جميعاً صاراً حريين وخرجت عن ملكه فلم يكن له اصابتهما إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من اصحابه فيمن وهب عبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روي عن نافع عن ابن عمر ان عبداً كان له سريتان فاعتقهما وأعتقه فنهاه ان يقربهما إلا بنكاح جديد ولأنها باعناهما خرجت عن ان تكون مملوكة فلم يبيع له التسري بها كالحرة الأصلية، وأما اذا كانت امرأة فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعناهما وحدها فلا أن لا ينفسخ باعناهما معاً أولى ويحتمل ان أحدنا أراد بقوله أنفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فعتقت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان قرار عتقهما البداية بالرجل لثلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاثرم بإسنادها عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجها فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم إني أريد أن أعتقها؟ فقال لها «أبدني بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تمجلت الفرقة ، وان كان بعده فهل تمجّل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي . قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهر أحق بها مالم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبهه ما لو أسلما ولما أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله ، وماذا كروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فان نكاحهما يفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منهم وطأها فان وطئها في عدتها وقلنا ان الفرقة تمجّلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لانه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا ان الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فان أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا أن النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيما إذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل اني بدأت بعقك لئلا يكون لها عليك خيار والله أعلم .

﴿ باب حكم العيوب في النكاح ﴾

﴿ العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة اقسام (أحدها) ما يختص بالرجال وهو شيان (أحدهما) أن يكون الرجل محبوباً قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به ﴾

الكلام في العيوب المثبتة للفسخ للنكاح للمرأة والرجل اذا اختار ذلك في اربعة فصول :

(أحدها) ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد والشافعي واسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بعيب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل محبوباً أو عينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب

ولنا أن المختلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب واللعنة ولأن المرأة أحد الموضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصدق ، أو أحد الموضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين فيثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فوراً في العدة قبل اسلام الآخر . فالحكم فيه مثل الحكم هنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل ١) وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المذموم منهما ، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحت أكرم من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لا يجوز أن يتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دون دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل ٢) فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثاً أسلم لم يكن له أن ينكحها لانه لا يجوزنا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والحامسة المعقود عليها آخراً

(مسئلة ١) قال (واذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقاً أيضاً)

هذا النكاح يسمى الشفار فقبل انما سمي شفاراً لقبحه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القبح

له الخيار باليب في الآخر كالمرأة ، فاما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بمقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنع فان ذلك يوجب قرة تمنع من قربانه بالكلية ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والجنون يخاف منه الجنابة فصار كاللأنم الحسي

(الثاني) العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية: اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعمى وثلاثة تخص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الخرقى ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق وذلك لم يثبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لا يكون في الفرج عظم انما هو لم يثبت فيه وحكي عن أبي حفص ان العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه والقرن والعفل لم يثبت في الفرج فيسددهما في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمثني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئاً

يقال شغل السكاب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمر بن دينار ومكحول والزهرري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية وبجوب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جاب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جمل كل واحد من العقدين ساففاً في الآخر فلم يصح كما لو قال يعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم ان فساد من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لانه شرط تملك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكان ملسكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل لرجل زوجته بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى

واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يشيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يشير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فان اختلفا في وجود العيب كن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقاً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فان كانت للمدهي ينة من اهل الخبرة واثقة فيشهران بما قال ثبت قوله والاحالف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحن في الاحيان لان النفس لا تسكن الى من هذه حاله الا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

(مسئلة) (فان اختلفا في امكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لانه يضعف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المنفق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداها تزويج الأخرى فقد جعل بضم كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمي صداقا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الحارثي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو دارد عن الأعرج أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكما جعلنا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداها لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقا يحققه ان عدم التسمية ليس بفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بشربين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك

الغنة ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبهه من له ذكر قصير (الثاني) أن يكون غنيا الغني هو العاجز عن ابلاج ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأن ذكره يعني إذا أراد ابلاجه أي يعترض قيل لأنه يعني لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد ان يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقناة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والازاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وشذ الحارثي وداود فقال لا يؤجل وهي امرأته وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إن رقاعة طلقني فبت طلاقي فزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وأعماله مثل هدية الثوب فقال « تريدن أن ترجعي الى رقاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته » ويدوق عسيلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أجل الغني سنة وروى ذلك الدار قطن عن عمرو ابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ده مهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وإن سمى لأحدهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في أحدهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقا لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمى لها صداقا رواية أن لان فيه تسمية وشرطا فأشبهه ما لو سمى لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لا بنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا، وإن زوجه عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال إنني لأعركها عرك الأديم وقال بن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ « تريدن أن ترجعي إلى رقاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها وقيل إنما ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسئلة﴾ (فإن ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر وهي عذراء فالقول قولها وإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن الأصل السلامة ولأن هذا أمر لا يعرف إلا من جهته وقال القاضي هل يستحلف على وجهين بناء على دعوى الطلاق

﴿مسئلة﴾ (فإن اعترف بذلك أو قامت يمينه على إفراره به فإنكر فطابت يمينه فتمكثت بعجزه)

ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولأن هذا المعجز قد يكون أمانة وقد يكون إرض فضرر له سنة

لنمر به الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها بمنح صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل

(مسئلة) قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المنة)

معنى نكاح المنة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المنة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال يجتنبها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا بمنع هذا ويقول في المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، وعن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المنة مائة وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويطل الشرط.

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعابه أكثر أصحابه ، عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر واليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

الليس وان كان من برودة زال في فصل الحرارة وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية فلم يزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم توافقه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم توافقه فاذا انقضت المدة فلم يطلأ فلها الخيار في فسخ النكاح

(مسئلة) (وان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه غنيا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقناة ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور اذا عجز عن وطئها أجل له لانه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بعد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنه فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لان حقوق الزوجية من استقرار المهر والمدة ثبتت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فانه يتحقق به المعجز فافترقا (فصل) وان علمت أن عجزه عن الوطء لعارض من صفر أو مرض أرجوا لزوال لم تضرب له مدة لان ذلك عارض يزول والعنة لا تزول لأنها حيلة وخلقته وان كان أكبر أو مرض لا يرجى

أن عمر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء . ومتعة الحج ولا عقد على منعة فيكون مؤقتا كالأجارة

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال : أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء . رواه أبو دارود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء . يوم خيبر وعن لحوم الحر الاهلية . رواه مالك في الموطأ وأخرجه الاثمة النسائي وغيره واختاف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميعات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكا . الامام احمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة فحمل الامر على ظاهره وان النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا تتناقض به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه . وروى ابن بكر بإسناده عن سعيد بن جبير قال : قالت لابن عباس لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤه ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأبوس منه فلا معنى لانتظاره وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجع الى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تغيب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فان كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغيب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة الا بتغيب جميع الباقي لانه لا احد هنا يمكن اعتباره فاعتبر تغيب جميعه لانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعي قولان كهذين .

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها في الدبر أو وطئ غيرهما لم تزل العنة ويحتمل أن تزول)

لان الدبر ليس محلا للوطء فأشبهه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاخصان وان وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر القاضي أن قياس المذهب ان لا يخرج عن العنة لنص أحمد على أنه لا تحصل به الاباحة للزوج الاول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طال الشواء بنا معا يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
 هل لك في رخصة الاطراف آتية تكون مثواك حتى مصدر الناس
 فقام خطيبا وقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخته
 وأما حديث عمران صح عنه فالظاهر انه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ
 لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته
 (فصل) وان تزوجها بغير شرط الآن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته في هذا
 البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس
 به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن يزوي حبس امرأته وحسبه ان وافقته والا طلقها

(مسئلة) قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينقذ النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا
 مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويطل الشرط
 وهو أظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وأما شرط على نفسه شرطا وذلك
 لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطئ في محل الوطء نخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان
 العنة المعجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان المعجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده
 وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها مانع أو فوات شرط والعنة
 في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطأ في محله بخلاف
 مسئلتنا وفيه قول أن العنة يزول به اختاره ابن عقيل لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر
 (فصل) فان وطئ امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن
 العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول
 من قال إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلققة
 وجيلة لا تتغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبقى في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقطت حقها
 وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالمعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا
 يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح المعجز عن واحدة دون أخرى قلنا قد تنهض شهوته في حق
 احدها لفرط حبه إياها ويئله اليها واختصاصها بكمال ولوجه دون الأخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة
 فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فمن أحمد لها المطالبة لانه إذا جاز أن يمن عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المتعة ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

(مسئلة) قال (وكذلك أن شرط عليه أن يحملها الزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والبيهقي والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكما إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعي في الصورتين الأولىين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لئن الله المحلل والمحلل له» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروي ابن ماجه عن عتبة بن عامر أن النبي ﷺ قال «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟» قالوا بلى يا رسول الله، قال «هو المحلل لئن الله المحلل والمحلل له» وروي الأثرم بإسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ امرأة لم تثبت عنه أبداً.

(فصل) وإن ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله. إذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بعذرهما فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأن الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لأن هذا بعيد جداً وإن كان متصوراً وهل يستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف لأن ما يبعد جداً لالتفات إليه كاحتمال كذب البيئة العادلة وكذب المقر في إقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين (أحدهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (والثاني) لا يقبل فيه إلا اثنتان لأن ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه إلا اثنتان فالنساء أولى

(فصل) وإن لم يشهد لها أحد فالقول قوله لأن الأصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العقد وصحته ويسقط حكم قولها لتبين كذبها فإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لأن الأصل عدم الأسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : والله لا أوتى بمحل ولا محل له الا رجعتها ولاته
نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المنة
(فصل) فان شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل
من غير شرط قاله نكاح باطل أيضا قال اممايل بن سعيد - ألت أحد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن
يحملها زوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال فهو ملعون وهذا ظاهر
قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحملها زوجها لم
يأمرني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها قال وإن كنا نعده على
عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحملها
وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له ان عني طلق امرأته ثلاثا أحملها
له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المازني والليث
ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي المقدم صحيح رذ كر القاضي في صحته وجهات
قولها لان خلا من شرط يفسده فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان
العقد إنما يطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبدا فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى
ذلك لم يبطل ولانه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حنيفة بانه نادى عن

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت ثيبا فالقول قوله لما ذكرنا)

ولان هذا يتعدر اقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب
الرأي وابن المنذر لان هذا مما تتعدر اقامة البينة ويمينه أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه
من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال
وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب بقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف
فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ويدل على وجوب اليمين قول النبي ﷺ « وإن كان اليمين على المدعى عليه »
قال القاضي ويخرج ان لا يستحلف على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا والصحيح
انه يستحلف لدلالة الخبر والمني عليه وروي عن احمد ان القول قولها مع يمينها حكاه القاضي في
المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لانه موافق للاصل واليقين معها وقال الحرقي بخلو
معها في بيت ويقال له اخرج ماءك علي شيء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب
فهو مني وبطل قولها هكذا حكاه الحرقي عن أحمد فعلى هذا ان اخرج ماءه فالقول قوله لان
العين يضعف عن الانزال فاذا أزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فان ادعت انه ليس
بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه يشبه بيباض البيض وذلك اذا وضع على النار مجتمع
ويس وهو يذوب فيتميز بذلك احدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه

محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صفار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يدعه شيئاً فينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقة فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويملك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي بحوم حول الدار ويقول يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قولك؟ قال ليس بموضعني بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك قتل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقل أنطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقتها لأوحيت رأسك بالسوط. رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين بهواً من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه التمرط على العقد ولم ير به عمر بأساً ولنا قول النبي ﷺ «لن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم ففكر إجماعاً ولأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يفي أن ابن سيرين لم يذكر إسناداً إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فأين هو من الذي سمع به بخطاب به على المنبر لا أرى محل ولا محلل له إلا رجعتما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها وفي كل موضع حكما بوطئه بطل حكم عنه فان كان في ابتداء الأمر لم يضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكما بعدم الوطء منه حكما بعنته كالأقرباء واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمل ويطي صداقها من بيت المال ويخلى وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت بأنه يط كذبت الأولى والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وان كذبت فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه أن يزوجه امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسقى إليها من بيت المال عنه فان أصابها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الأوزاعي تشمده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجمع امرأته فاذا قام عنها نظرنا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك إلا أنه اكتفى بواحدة والصحيح أن القول قوله لما ذكرنا وكذا لو ادعى الوطء في الأيلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يبطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الطهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصيح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصدت المرأة التحليل أو وإياها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أن يردن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولان العقد إنما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء . وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الأجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ قلنا إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانياً فاستحق لعنة لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجه إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكه له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يرأبها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجه إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكف ، وهو شبه المحلل ، وعلى أحمد فساد بشيئين [أحدهما] شبهه بالمحلل لانه إنما زوجه إياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكف ، لها وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبان في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاة أشد من المولى والسيد له سبيل الى ازالة نكاحه من

يكون غنياً ولذلك جعلنا مدته سنة وتزويجه بأمرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ولانه قديم عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقناً أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه اغرار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لانها تريد بذلك تخلص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالمعز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك وأكثر مافي الذي ذكره ان ثبت معززه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه واذا لم يثبت حكم عنته باقراره بمعززه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهوشيثان (الرتق) وهو كون الفرج مسدوداً لا مسلك للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل القرن عظم والعفل رغوثة تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفسق وهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمثني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقاً أو يحن في الاحيان فهذه الاقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه (فصل) واختلف اصحابنا في البحر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يشور عند

غير ارادته بأن يهبه للمرأة فيفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المقتر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ولم ينو واذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لانه لا سبيل لمعقده الى فسخ نكاحه ولا عبرة بنية

(فصل) ونكح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الاحصان ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فان قيل فقد سماه النبي ﷺ محملاً وسمى الزوج محملاً له واو لم يحصل الحل لم يكن محملاً ولا محملاً له قلنا انما سماه محملاً لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى [يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً] ولو كان محملاً في الحقيقة والآخر محملاً له لم يكرنا ملعونين

(مسئلة) قال رحمه الله (واذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجملته ان المحرم اذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه ولياً أو وكيلاً فانه لا يصح اقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينخطب » رواه مسلم . وان عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لانه اذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والنجم والقروح السيالة في الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجى وهو رضها وفي كونه جنثي وفيما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الحارثي ثم ذكر العيوب التي تثبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئاً من هذه لان ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخفى تغديه فلم يثبت به الخيار كالعمى والعرج ولان ذلك انما يثبت بنص أو اجماع أو قياس ولا نص فيها ولا اجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينهما من الفرق فان الوطء مع هذه العيوب يمكن بل قد قيل ان الخصي اقدر على الجماع لانه لا يعتبر بانزال الماء والجنثي فيه خلقة زائدة لا تمنعه الجماع أشبه اليد الزائدة واذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله فلا خيار لانهما تساويان فلامزية لاجدهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاه فللاخر الخيار ويخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لأنها تثير نقرة وتعمد نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريف ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الافين وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لان فيه نفصاً وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ان ابن سنان تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا قال أعلما ثم خيرها وفي البعثر وكون أحد الزوجين خثي

وكيله فقد نكح ، وحكى القاضى في كون المحرم وليا لغيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقى [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لان النكاح حرم على المحرم لانه في دواعي الوطء المنسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره والاول أولى لدخوله في عموم الخبر ولانه عقد لا يصح للمحرم فلا يصح منه كسراء الصيد وقدمت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

(مسئلة) قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو غنلاء أو فتقاء أو الرجل مجنونا فلن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب مجده في صاحبه في الجملة روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي واسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بهيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بهيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه الا أن يكون الرجل مجنونا أو عينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلانة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالمعنى والزمانة وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعارا والبخر تن وقال ابن حامد تن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخر أو يثبت الخيار والا فلا معنى له فان تن الفم يسمى بخرأ ويمنع متارئة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحدا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا ينجس تعديده ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا ان الحسن قال اذا وجد أحدهما الآخر عقيما بخير واحب احده ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك لثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجلا لا يولد لأحدهم وهو شاب . ثم يولده وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منها وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله اعلم

وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله فقيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا ان يجد المحبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي ان يثبت لها خيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه

(فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى

وانا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكفاية ومسه ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والجنون يخاف منه الجنابة فصار كالماتم الحسي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهي فيما ذكر الحرق ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي العتق والقرن والعفل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الادب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج بمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيباً نامياً ، وقال ابي الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسدده فهما

لأنه قال فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارناً فأثبتته كالأعسار والرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تفر الأمة من عبد ويثبتها إذا طرأت الحرية إذا اعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالأجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الأول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الأجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدثت المرأة فكذلك في أحد الوجهين ولا يثبت في الآخر لأن الرجل يمكنه طلائها بخلاف المرأة . ولنا أنهما تساويان فيما إذا كان العيب سابقاً فتساويا فيه لاحقاً كالمتباينين (مسألة) (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجد منه

دلالة على الرضى من وطء أو تمكن مع العلم بالعيب فلا خيار له لأن العلم فيه خلافاً)

لأنه رضي به فأشبهه بمشترعي المبيع ، وإن ظن العيب بسيراً فبان كثيراً كمن ظن البرص في قليل من جسدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه من جنس ما رضي به ، وإن رضي بعيب فبان غيره فلا خيار لأنه وجد بها عيباً لم يرض به ولا يجنس فيه فيثبت له الخيار كالبيع إذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان قليل من البرص فأثبت في جلدها فلا خيار له لأن رضاه به رضا بما يحدث منه

في معنى الرق الا أنهما نوع آخر، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المثني، وقيل ما بين القبل والدبر، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعقل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يشيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يشير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك العقل على قول من فسره بالرغوة فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده يياض يمكن أن يكون بهما أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للمدعي بيعة من أهل الخبرة والنفقة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ ولكن اليمين على المدعي عليه وإن اختلفا في عيوب النساء أربت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يجن في الأحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مريضاً يقضى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام به الاغما فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فإن بقي منه ما يمكن الجماع به وينبغي منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكين من المرأة، هذا ظاهر كلام الخريفي لقوله فإن علمت أنه عني فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فإنا ذلك وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فتنى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكذلك على الفور كذا المبيم المعيب. ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار المصاص وخيار العيب في المبيم ممنوع ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيم غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ما ليته أو خدمته وبحصل ذلك مع عيبه وهنا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعته، وأما خيار الشفقة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق

﴿مسألة﴾ (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ويخاف خيار المعلقة لأنه متفق عليه)

﴿مسألة﴾ فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه مهر المسحوق وقبل عنه مهر المثل أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فالمرأة فسخ بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها فإن قيل فهل جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقد

يمكن وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لانه يضمف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول وله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن له ما يمكن الجماع بثبته فأشبهه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لانه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا ينجش تعديده فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلا خير الخيار ، قال أبو الخطاب ويتخرج على ذلك من به الباسور والناصور والفروح السبالة في الفرج لانهما تثير نفرة وتعدى نجسهما وتسمى من لا يحبس نجرها الشريم ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين ، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لأن فيه نقصاً وعاراً وينم الوطء أو يضعفه

وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلتها ؟ قال لا ، قال أعلها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خني وجهان

(أحدهما) يثبت الخيار لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر تن الفم ، وقال ابن حامد هو تن في الفرج بثور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخرأ ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فإن تن الفم يسمى بخرأ وينم مقاربة صاحبه إلا على كره وماعداً هذا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً كالقرع والعمى

عليه رجم الموضع إلى العاقد مذهباً وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وإنما يثبت لها لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابلة عوضاً قافراً

(فصل) : إن كان الفسخ بعد الدخول فإما المهر لانه يجب بالمقد ويستقر بالدخول فلم يسقط بمحادث بعده ولذلك لا يسقط بردها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والأخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند إلى العقد الفاسد

وأما أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الأول وسائر أحكام الصحيح ولأنه لو كان فاسداً لما جاز بقاءه وتعين نسخه وما ذكره لا يصح فإن الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يهر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح (مسألة) (ويرجى به على من غرم من المرأة والولي وعنه لا مرجم)

والعرج وقطم اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاحتناع ولا يخشى تعديبه ولا فإلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا أن الحسن قال اذا وجد الآخر عيبا بخير وأحب أحد تبين أمره وقال عيسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به واو ثبت بذلك لثبت في الآية ، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجلا لا يولد لاحد منهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندم والله أعلم

(الفصل الرابع) أنه اذا أصاب أحدهما بلا آخر عيبا وبه عيب من غير جنسه كالابرص يحد المرأة مجنونة او مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا أن يحد المجهوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لها الخيار لان عيبه ليس هو للمانم لصاحبه من الاحتناع وإنما امتنع لعب نفسه وان وجد أحدهما به صاحبه عيبا به مثله ففيه وجهان أحدهما لا خيار لهما لانهما متساويان ولا مزية لاحدهما على صاحبه فأشبهها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبهه مالهو غر عبد بأمة

(فصل) وان حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الحرقي لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبت طارئا كالعسار وكالرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل أن تقر الأمة من عبد ويثبتها اذا طرأت الحرية مثل ان عتقت الأمة نحت العبد ولانه عند على منفعة فحدث العيب بها يثبت الخيار

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الحرقي ، وقال أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يرجع . قال شيخنا : والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحد قال كنت أذهب الى قول علي فبنته فملت الى قول عمر : اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها صداقها بسببته إياها ووليها ضامن للصدق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم وروى عن علي انه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ماله توفي بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معينا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب : أيا رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها . وذلك لزوحها غرم على وليها ولانه غره في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، اذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغريب من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بينة بالقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وقال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحل باقائه انه ما علم ثم هو على الزوج ، وقال القاضي إن كان أباً أو جدّاً أو ممن يجوز له أن يراها فالتغريب من جهة علم أولم يلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كان العلم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا انه قال اذا

كلاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد، ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبت له لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالتبايعين

(فصل) ومن شرط بثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لا يعلم فيه خلافا لانه رضي به فأشبهه مشري المعيب، وان ظن العيب يسيرا فبان كثيرا كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضا لانه من جنس ما رضي به، وان رضي بعيب فبان به غيره فلا خيار لانه وجد به عيبا لم يرض به ولا يجنسه فثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كان به قابل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضي بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة. هذا ظاهر كلام الحرقي لقوله فان علمت أنه عيب فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به فلا نصير كالمودعة، والشافعي قولان كقول مالك والقاضي ولنا على ان الولي اذا لم يعلم لا يفرم أن النكاح يبر من غيره فلم يفرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق لانه مفرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الختون فانه لا يصاد بخفى على من يراها إلا أن يكون غائبا. وأما الرجوع بالمهر فانه بسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزامة فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يجدوهنا استقر الصداق بالمرت ولا يرجع به

(فصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك إنما يجب لمن زوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي، وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

وانما أنه خيار للدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع بمنعه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماله أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع وينت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجاس فهو لدفع ضرر غير متحقق

(فصل) ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة وبخالف خيار النفقة فإنه متفق عليه

﴿ مسألة ﴾ (قال وإذا فسخ قبل الميس فلا مهر وان كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وتليه المهر يرجع به على من غره)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ اذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ ان كان منهما فالفرقة من حيثها فسقط مهرها كما لو فسخ برضاع زوجة أخرى، وان كان من الفسخ لعيب بها دلسته بالاخنا فصار الفسخ كأنه منها، فان قيل فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليس؟ قلنا الدوخ من الزوج في مقابلة منافعها فاذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض الى العاقد معها وليس

ثأرا والمختلعة وفي السكنى، وإيتان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملا في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحة فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيدة أمة تزويجها معيا) لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ، ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهن مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وان لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها) بغير خلاف تعلمه لأنها تملك الفسخ اذا علمت به بعد العقد فلا متاع أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فان اختارت الكبيرة تزويج محبوب أو عنين لم يملك منعها)

لان الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنعها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر ياحقها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد الدخول فإياها المهر لان المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بمحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ امتد الى العقد فصار كالعقد الفاسد

وانما أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير الميبنة وكلمة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بنروطه وأركانها فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحا فذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان ولا باحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة، ولأنه لو كان فاسدا لما جاز إتيان زوجة ثانية ففسخه، وما ذكره غير صحيح فان الفسخ يثبت ملكه في حينه غير سابق عليه وما وقع على مدة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع ببيع لم يهر العقد فاسدا ولا يكون النكاح لغیر المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

قال احمد ما يعجبني أن يزوجها بعين وان رضيت الساعة تكره اذا أدخلت عليه ، لان من شأنه انكاح ، ويعجبهم من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم ، والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص اذا كانت طالة في ابتداء العقد وربما أنضى الى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء

وقال القاضي : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعين لان ضررها عليها خاصة ، وفي الابصر والمجنون وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها شبه المجبوب والعين . و (الثاني) له منعها لان عليه ضررا فيه فانه يتغير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه الزويج بغير كفء ، وهذا مذهب الشافعي ، والاولى أن له منعها لان عليها فيه ضرراً دائماً وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالزويج بغير الكفء فاما ان اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما لا يخرج عنها ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا الزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء

(مسئلة) (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ إذا رضيت) لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت وليها الى تزويجها بعد لم تلزمه اجابتها ولو اعتقت عبدا لم يملك إجبارها على الفسخ .

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لأنه رضى باستقاط حقه فسقط كمالو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه

(الفصل الرابع) أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر فيه روايتان [أحدهما] يرجع به [والاخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به فإن أحمد قال كنت أذهب إلى قول علي فبهتته فمات إلى قول عمر . إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فإن لها المهر بمسببه إياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروى عن علي أنه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كمالو كان المبيع معيباً فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولأنه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كمالو غره بجريرة أمة ، فإذا ثبت هذا فإن كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتفريق من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فإن اختلفوا في علم الولي فشهدت بيته عليه بالافرار بالعلم والافعال قول له مع يمينه قال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم والا استحل باللعن العظيم أنه ما لم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجملة ذلك أن أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والابلاء ووجوب المهر والقسمة والاباحة للزوج الأول والاحصان وغير ذلك . ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزوه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فإن قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (امرأة فرعون) وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، وإذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كأنيكة المسلمين فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابته ثم أسلم لم يقرأ عليه وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلم فهي عنده على ما بقي من طلاقها وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً وإن ظاهر الذي من أمراته

وقال القاضي ان كان أبا أو جدا أو من يجوز له ان يراها فالتغريب من جهته علم أو لم يعلم وان كان من لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ، ويرجع على المرأة بحميم الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به اثلاً نصير كالموهوبة ولشأنه في قول مالك والقاضي

وانا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرم ان للتغريب من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه غرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بهائياً عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسلمنا فعليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ما ذكرنا في باب المحرمات في النكاح

﴿ مسألة ﴾ (ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا اليها)

انما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا اليها (الثاني) أن يعتقدوا إباحتها ذلك في دينهم لان مالا يعتقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقه ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فيدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يحشوا اليها ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أنكحهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ فأقرهم على أنكحهم ولم يكشف عن كفيتهما فاذا لم يرتفعوا لم تعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار على دينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كناية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم أولاد النصرانية علينا ويحجي على قوله في تزويج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لا يقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويحجر على بيعها لها ذين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها وقال أبو بكر عبد العزيز لا يباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب للمرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالطالقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لا نفقة لها ان كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للحمل والحل لاحق به وبنيوه على أن النكاح فاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وسيد الامة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لانه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره بغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم

﴿مسئلة﴾ (وإن أسلموا أو ترافعوا إلينا في ابتداء العقد لم نمضه إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والایجاب والقبول)

لانه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إثباته لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشياء ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

﴿مسئلة﴾ (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يقرا)

لحديث عمر وان تزوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان ترافعا إلينا في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في المدة فهما لا يستقدان تأييده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بمغيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها بملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالمتاع أولى وإن أرادت أن تزوج معها فله منعها في أحد الوجهين قال أحمد ما يوجبني أن يزوجه بغيره وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنه النكاح ويوجب من ذلك ما يعجبنا وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أنقضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كالأرادت نكاح من ليس بكف (والثاني) ليس له منعها لأن الحق لها وقال القاضي لا منع من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المحبوب والعين لأن ضررها عليها خاصة وفي البرص والمجنون وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليها فأشبهها المحبوب والعين (والثاني) له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبهه التزويج لمن لا يكتنئها وهذا مذهب الشافعي والأولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعار عليها وعلى أهلها فملك منها منه كالتزويج بغير كف، فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لأن الحق لها ولا يخرج عنها ويكره لها ذلك لما ذكره الإمام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف، فأما إن حدث العيب بلزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن

مؤبد إلا أن يعتقد فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلم فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقرأ لأنها يستقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحاً فهو نكاح يقررون عليه وما لا فلا

﴿مسئلة﴾ (وإن قهر حربي حرية فوطئها أو طأعته أو اعتقدها نكاحاً ثم أسلمها أقرأ عليه) لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه كالتكاح بلا ولي وإن لم يعتقدها نكاحاً لم يقرأ عليه لأنه ليس من انكحتهم

﴿مسئلة﴾ (وإذا كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر وإن كان فاسداً فلم يقبضه فرض لها مهر المثل)

إذا أسلم الكفار وترافعوا إلينا بعد العقد والقبض لم تعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) فأمر بترك ما بقي من دون ما قبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فاتتهى فله ما سلف وأمره إلى الله) ولأن التعرض للمقبوض باطلاله يشق لتناول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفي عنه كما عفي عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولا نهائنا بقضائكم التبرك لا تبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا ببيع فاسد أو تقابضا وإن لم يتقابضا وكان المسمى حلالاً وجب ما سمي لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سمي به لا يجوز

حقه في ابتداء العقد لافي دوامه ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

(مسألة) قال (وإذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه خبر بريدة قالت عائشة كانت بريدة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراماً ما خيرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولأن عليها ضرراً في كونها حرة نحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فإن عتقت الفسخ فإياها فراقه وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أعتقت حتماً وهذا لا خلاف فيه بحمد الله (فصل) وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وقال طائفة وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحاد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الأسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريدة وكان زوجها حراً رياء النسائي ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً

إجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلم ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان قبل الدخول ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة إن كان أصدقها خيراً أو خزيراً معينين فليس لها إلا ذلك وإن كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحساناً

ولنا إن الخمر لا قيمة له في الإسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولأنه محرم أشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بمحض ما بقي من مهر المثل فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية تقبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) تعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلباً وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أرجاء (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر والكلب سدس

ولنا أنها كانت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية فمات مسلم فاما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخص بها من الاسود لانهما ابن أخيهما وابن أختها وقد روي الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتهما وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المقيرة يقال له مفيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالتحناف فيه والحرفيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافاً قبل لأحد لم لا يكون طلاقاً؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لا خيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته .

ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي على نحو هذا (فصل) فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يقرون عليه إذا أسلموا تنكح ذوات الرحم فأسلمها قبل الدخول أو ترافعوا اليها فرق بينهما ولا مهر لها ، قال أحمد في المجوسية تكون نكحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترتفع إلى المسلمين لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقرب عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول ، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل ؟ يخرج على روايتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) إذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بنرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على أنه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) (والأخرى) مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققها وقد أسقطت حقها والذي يطالب به حق الله تعالى ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر في حق المسلمة لثلاث نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يرجد في حق الذمي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : إذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بمحمد الله ، وذكر ابن المنذر أنه أجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف وقد روي أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فتدال يارسول الله أنها كانت أسلمت

(مسألة) قال (رحمه الله تعالى) فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم

وجملة ذلك أن خيار المعلقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئها ولا ينجم الزوج من وطئها ومن قال إنه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله ابن عمر وأخته حنيفة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة وحكام بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها إن شئت فارقت وإن وطئها فلا خيار لها رواه الأثرم أيضا وروي أبو داود أن برة عتقت وهي عند خبيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال « لها إن قربك فلا خيار لك » ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا، إذا ثبت هذا فني عتق قبل أن تختار

مع فردها عليه ، ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس كالتقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يتمذراتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفقرة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، وإذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلمها معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لأن الإسلام ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح الكتابية للمسلم

(مسألة) (فان أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفقرة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم (مسألة) (فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها ، وإن كان زوجها المسلم قبلها فإنها نصف المهر وعنه لا مهر لها) وجملة ذلك أن الفقرة إذا حصلت قبل الدخول باسلام المرأة فلا شيء لها لأن الفقرة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفقرة حصلت من قبله بامتناعه من الاسلام وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض

سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وأن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت بما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحاد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنهم إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب

ولنا ما تقدم من الحديث وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ففقت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء ففقت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقت ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن لها الخيار ما لم يمسها ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريم على هذا القول فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقد سبدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الأصل عدم ذلك ، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها السكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يملكه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه والشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت ، ونقل عن أحمد في مجرمي أسلم قبل أن يدخل بأمراته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الأثر أن الفرقة حصلت باختلاف الدين وقد حصل بإسلامها فكأن الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت وبزارق تعليق العلق فانه من جهة الزوج وإهذا لو علقه على دخولها فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقة بإسلام الزوج فلا للمرأة نصف المسمى إن كانت الذميمة صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيرا لان الفرقة حصلت بفعله وعنه لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها لكونها انتهت من الدخول في الاسلام

(فصل) إذا انفسخ النكاح بإحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخا لاطلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كان في دار الاسلام عرض على الآخر فإن أبي وقعت الفرقة حينئذ وإن كان في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الأباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به وإن كان من المرأة كان فسخالا إن المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فإن أسلم والا وقعت الفرقة وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلا ن نص عليه احمد وعنه لها الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بعد عتقها تتم الفسخ بالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقها معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد مربية وأذن له في التسري بها ثم أعتقها جميعا صارا حريين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له أصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبد مربية أو اشترى له مربية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر أن عبداً له كان له مريتان فأعتقهما فهما أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولأنها باعتهما خرجت عن أن تكون مملوكة فلم ينح له التسري بها كالحرة الأصلية وأما إذا كانت امرأته فعتقها لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتهما وحدهما فلا ينفسخ باعتهما معا أولى وبمحتمل أن أحد انما أراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا يخرج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ اذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة مزوجان فأراد عتقها البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابوداود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فزوجا فقالت لربي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها «فابدئي بالرجل قبل المرأة» وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل إني بدأت بمنك لئلا يكون لها عليك خيار

ولنا انه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالزدة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو أتى الآخر للإسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بصبم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك ولنا على انها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكانت فسخا كما لو اسلم الزوج وابنت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

﴿مسئلة﴾ (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها قال قول قولها)

لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاءه ولم يعارضه ظاهر فبقي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزول بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث او تيقن الحدث وشك في الطهارة يني على اليقين وهذه كان صداقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسئلة) (وان قال الزوج أسلمنا معا فنعن على النكاح فانكرته فعلي وجبين)

(فصل) إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لانه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة اكمل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزواجهما عيب يوجب الفسخ فان كان زواجهما قد وطئاهما فظاهر كلام الحرقي انه لا خيار لهما لان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لا رأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زواجهما من وطئها

(مسئلة) قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لها اذا كان المعتقد معسرا)

إنما شرط الاعسار في المعتقد لان المومر بسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما اعتق وبانيتها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنها كل منه فأنثرت وتورث وتجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الحرقي أنه لانص في المعتقد بعضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لأنها كاملة الاحكام وأيضا ما مال به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالاختلاف فيه وهذه تختلف فيها (فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعنتها في مرضه بعد الدخول بهأم مات

قال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طأى عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمسكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منافي العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام اثني

(مسئلة) (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان أسلم الثاني قبل انقضائها فلهما على نكاحهما والاثني أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (أحدهما) أن الامر يقف على انقضاء العدة على اما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الحرقي فعلى هذا اذا لم يسلم الثاني في العدة لا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تنجس الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الحلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقناذة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر

ولا يملك غيرها غير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكلما اقتضي من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه فإذا استوفي كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الحرق لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبهه ما لو مكنت منه قبل عتقها ، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرق لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمل قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفي عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

مسئلة قال (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمر للسيد)

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمر واجب لاته واجب بالمقد فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة هنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فأنقضت عتقها وحصات الفرقة لزمها استئناف العدة وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة وإن أسلمت المرأة قبله وقف الأمر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب كان بين أسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من أسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع فثبتا على نكاحهما وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأبها أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو لا يسقط في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده ، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد .

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح انصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ، ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لمكان المهر لها لانها حرة حينئذ ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح فانه كان صحيحا ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال الزوج الاول والاحصان وكرهه حلالا ، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى لا يسقط نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه ، وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطة ولذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها ووردها (فصل) ولو كانت مفوضة فنرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضا لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان

أبي أمية عام الفتح فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم بالابواء فأسلما قبل نساتهما ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامهما معا ويفارق ما قبل الدخول فانه لا عدة لها فتعجل الينونة كالملقة واحدة وهما لها عدة فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة تنحسب الفرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لانتا تبينا أنه وطئها بعد الينونة وانفساح النكاح فيكون واطئا في غير ملك وان أسلم فلا شيء لها لانتا تبينا أن النكاح لم يفسخ وانه وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء .

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد انبر لم يختلف العلماء في هذه الاشياء روي عن التيمي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم فروج المسلمات على الكفار وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء. إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المدة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجوعه إذا لم يفسخ فإن قبل فيفسخ حينئذ قلنا إذا احتججنا إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتجج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلاقاً آخرى وينبغي على عدة حرة لأنها أعتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى اليمينونة وذلك بنا في اختيار المقام

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصاحب النكاح وإن لم تختار شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها إلى يمينونة اكتفاء منها بذلك فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطنقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طائفتين لأنه صار حراً فلام ثلاث طلاقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو أما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود اسناد أو العمل على حديث عمرو بن شعيب (مسألة) (فإن أسلمت قبله فلها نفقة العدة)

لأنه يتمكن من الاستمتاع وإبقاء نكاحها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فإن قيل إذا لم يسلم تبين أنها بائنة باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج تلافى نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها لأنه لا سبيل إلى تلافى نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا

(مسألة) (فإن اختلفا في السابق منهما فقال الزوج أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أنا المسلمة أولاً فلي النفقة فالتقول قولها في أحد الوجهين)

لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها (والثاني) أن القول قوله لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدمه فإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقم طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في كساح صحيح فنقد كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختار وقع وللشافعي قولان كحديثين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ

ولما انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختار وقد ذكرنا أن الفسخ بوجوب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوط. وط. في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقاً عليه لان انعكست الحال ، وقول الشافعي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتعتبر العدة عليها فان ابتداها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يتم وإن لم تختار الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجماً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم يفسخ فاتها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسئلة) (وعنه أن الفرقة تتعجل باسلام احدها كما قبل الدخول وقد ذكرناه)

(مسئلة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدها بعد الدخول فانه يجب لها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً قبضته فليس لها غيره لانا لا تعرض الى ما مضى من أحكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الحر والخير لا يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين (فصل) وسواء مما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفا وبه قال مالك والليث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدها وهما في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخلا دار الاسلام وعقد المهر انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للمهر انفسخ نكاحه لان الدار انقضت بهما فعلاً وجهاً فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لانه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف الفسخ في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار (فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحنبل بن ماجة والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بائن قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يأنف ان أحدا من الصحابة أنكر ذلك ، ولانها تلك الفراق فلكت الطلاق كالرجل

ولنا قوله ﷺ الطلاق لمن أخذ بالساق « ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينها أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاعه ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي الى معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق (فصل) وان عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاة الا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدانة لكن ان عتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وأمر أنه بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أن نكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالمبيع ، ويفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حريية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبى نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ان كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم الا انه حكى عن داود انه لا يفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بضم الكوافر) وقوله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار ، لانهن حل) (المغني والشرح الكبير) (٧٦) (الجزء السابع)

(فصل) وإذا عتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيها إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعتد الاول فتكون كالذكر في ذلك فيه ، والذي قلناه أصح لان الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهر لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعتد معناه انها تلزم ويثبت الملك فيها وبصير الجميع صداقا وليس معناه انا تبينا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزوج لم يمتح لزمنه زكاته وكان له نكاحه وهذا أظهر من أن يطيل فيه

﴿ باب أجل العنين والخصي غير المحجوب ﴾

العنين هو العاجز عن الابلاج وهو مأخوذ من أي اعترض لان ذكره يعن اذا اراد ابلاجه أي يعترض

لهم ولا هم يحلون لهن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبائها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبهه ما لو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد احد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احدهما تعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلاف الدينين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقف به الفرقة فاذا وجد الدخول جازان يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو نقول اختلفا في ما بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كما في اسلام الحرية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع تحرم به المرأة على التأيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة

﴿ مسألة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنين الاعتراض وقيل لانه بمن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يتصدده فاذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وهرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابرعبيد وشذالحكم بن عيينة وداود قتالا لا يؤجل وهي امرأته ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه لان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما له مثل هدية اثوب فقال « تريدن أن ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » ولم يضرب له مدة

وانا ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه ابو حفص عن علي ولانه عيب بمنع الوطء فأثبت الخبر كالجلب في الرجل والرتق في المرأة ، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه وطالب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما ، وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لأعركما عرك الاديم ، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول النبي ﷺ « تريدن أن ترجعي الى رفاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها ، وقيل انها ذكرت

لانه بسبيل الى الاستمتاع بها بان يسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية وان كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لانه لا سبيل للزوج الى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة (فصل) فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم مالمو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وان كان بعده فهل تعجل او تقف على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور اذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا أو تاب المرتد منهما فهو أحق بها مالم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لانه لم يختلف بهما الدين فاشبه مالمو أسلما ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب ان يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولان كل ما زال عنه ملك المرتد اذا ارتد وحده زال اذا ارتد غيره معه كماله وما ذكره يبطل بما اذا انتقل المسلم واليهودية الى دين النصرانية فان نكاحهما يفسخ وقد انتقلا الى دين واحد ، وأما اذا أسلما فقد انتقلا الى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا منع من وطئها في عدتها فان وطئها في عدتها وقتلنا ان الفرقة تعجلت فيكون عليه مهر مئتها وإن قلنا ان الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا ان النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وان ثبنا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء

ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تذوق عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخا بلا طلاق)
وجهة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها ، وإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والاصل السلامة ، وقال القاضي هل يستحلف أولا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فإن أقر بالعجز أو ثبت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضررت له سنة لتمر به الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تنزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء

في غير نكاح بشبهة النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لانه مثله

(فصل) إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منها في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بالاسلام الأول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يبتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد عن دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن كذلك

(فصل) إذا تزوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الاسلام مثل أن جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانا أجرنا أحكامهم على الصحة فيما يتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الأختين والخامسة المقود عليها آخر

﴿مسئلة﴾ (وان انتقل احد الكتابيين الى دين لا يقر عليه فهو كرده)

إذا انتقل الكتابي الى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لانه في هذا خلافا لانه انتقل الى دين لا يقر أهله بالخزيرة كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصلي منهم لا يقر على دينه

لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر، رابتداء السنة منذ توافقه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر بن الخطاب سنة من يوم مرافقته فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلها الخيار فان اختارت الفسخ لم يحجز إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه فاما أن يفسخ وأما أن يردده إليها ففسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالاعسار فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطاء فكانت طلاقاً كفرقة المولي

وإذا أن هذا خيار ثبت لأجل العيب فكان فسخاً كفسخ المشتري لأجل العيب

(فصل) فان اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يحجز إلا بنكاح جديد لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً أنها لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعاقب بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها تحل لأنها فرقة لأجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر الصوب، وأما فرقة اللعان فلم تحصلت بلعانها قبل تفرق الحاكم وهما بخلافه ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وهما بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يحجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق

فالمنتقل إليه أولى، وان انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين انقص من دينه فلم يقر عليه كما مسلم إذا ارتد، فأما إذا انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتصرف فيه روايتان (أحدهما) لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحرق واختاره الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فاشبهه غير المنتقل وللشافعي قولان كالروايتين، فأما المجوسي إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين وان انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «من بدل دينه فاقتلوه» ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيها جميعاً

(فصل) وان انتقل إلى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الإسلام في إحدى الروايات عن أحمد اختاره الحلال وهو أحد أقوال الشافعي لأن غير الإسلام باطل قد أقر بطلانها فلم يقر عليها كالمرتد وعنه رواية ثانية لا يقبل منه إلا الإسلام أو الذي كان عليه لأن دينه الأول قد أقر رده عليه مرة ولم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه أن رجم عليه ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى المجوسية أقر وقد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء عارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك، وإن كان لحب أو شلل ثبت الخيار في الحال لأن الوطء مأبوس منه ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خلقة، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخصي فإن الحرف في ذكره في ترجمة الباب ولم يفرد به حكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيقترب بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والوجور وهو الذي رخصت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له

ليكون موافقاً لما ذكرناه أولاً، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقتلنا لا يقر فغيره، إيتان إحداها لا يقبل إلا الإسلام والآخرى لا يقبل إلا الإسلام أو الذي كان عليه

(فصل) وإن قلنا لا يقر في صفة إجباره روايتان [إحداها] أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة لعموم الحديث ولأننا ذمينا نقض العهد فأشبهه ما لو نقضه بترك أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لأنه يسترحم عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحربي، فعلى هذا إن بادر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عهده وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحد إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل إليه فقبل له أنقتله؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانياً أو يهودياً؟ قال وإن كان يهودياً أو نصرانياً دخل في المجوسية كان أعظم لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا تتركه حتى يرد إليها، فقبل له أنقتله إذا لم يرجع؟ قال إنه لأهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالقرب والحبس.

(فصل) فإن تزوج مسلم ذمياً فانتقلت إلى غير دين أهل الكتاب فهي كالمردة لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فإن كان قبل الدخول أنفسخ نكاحها ولا مهر لها وإن كان بعده فهل يقف على انقضاء العدة أو يفسخ في الحال على روايتين وكذلك إذا انتقلت إلى دين باطل أو إلى دين كانت تقرر بطلانه فأشبهت المسلمة إذا تهودت أو تنصرت والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أسلم كافر وتحمته أكثر من أربع نسوة اختار منهن أربعاً وفارق سائرهن)

﴿مسئلة﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فإن أقرت أو ثبت يدينه فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فيفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء واثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون عنيها في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضية بأهيب ودخات في العقد عالة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته محبوباً ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالقيام معه ثم طلقها ثم ارتجمها لم يثبت لها لمطالبة كذا ههنا ، وقواهم إنها تكون في

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكن كهن بغير خلاف فعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك واليثر ولاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد افسخ نكاح جميعهن وإن كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتمهر به من طريق الجمع فلا يكون مخيراً فيه بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ونحيت ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعاً » رواه الامام احمد وأبو داود ، وروى محمد بن يزيد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً ، رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسلًا ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري . وكذلك قال الامام أحمد والترمذي وغيرها ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها لم تكن ملك غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لأنها لم تملكه جميعاً بعضها ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه ان يختار أربعاً ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي ﷺ أمر قيساً وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على أكثر من أربع فإن أبي

نكاح دون نكاح احتمال بعيد فان العنة جبلة وخلفاء لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بعتته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أفرت أو ثبتت بيينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

﴿مسئلة﴾ قال (وان علمت انه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه)

لانعلم في هذا اختلافاً وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لا تلك فيه الفسخ ، لا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضاءها ولو سكنت بعد المدة لم يبطل خيارها أبصاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت هجره فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إبقاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإبقاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وأما تعيين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

﴿مسئلة﴾ (وعليه نفقتهن الى أن يختار) لانهن محبوسات عليه ولاهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لايه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يحم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو أمسكتن أو اخترت حبسهن أو أمساكهن أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو أثبت نكاحهن ، وإن قال لما زاد على الأربع : فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع .

﴿مسئلة﴾ (وإن طاق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت الى أقدمهن صحبة ففارقتهما ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن .

﴿ مسألة ﴾ قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عنينا لم يكن

لها المطالبة بعد)

وجملة الامر انها متى رضيت به عنينا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بتولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً لما قباها فان الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حقها في الفسخ انما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح اسقاطه قباها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع

وانما أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكره غير صحيح فان العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وانما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبدنة في سائر العيوب ^(١) ويفارق الشفعة فان سبب البيع ولم يوجد بعد، فان قيل فلورضيت المرأة

(١) في نسخة العقود

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والاول أولى .

﴿ مسألة ﴾ (وان وطئ احدها من كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار

﴿ مسألة ﴾ (وإن طلق الجميع أفرع بينهما فأخرج أربعاً منهن بالقرعة فكن المختارات ووقع طلاقهن وانفسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتنقضت عدتهن فله أن يتكح من الباقيات لانهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن ، لان زوجات وبعثدن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات ، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفي التي قبلها أطلقهن وله اختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرن إلى القرعة لتساوي الحقوق .

﴿ مسألة ﴾ (وان ظاهر أو آلى من احدها من فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه

لا يثبت في غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) وإن اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لانه بن منه بالاختيار

(الجزء السابع)

(٧٧)

(المغني والشرح الكبير)

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك ، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فاذا رضيت باسقاط مايجب لها في المستقبل لم ينسقط لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبهه اسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ولان الاعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن عيته ويطأ فاذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا

(مسئلة) قال (وان اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيماً)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطارص والحسن ويحيى الانصاري والزهرى وعمر بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ان عجز عن وطئها أجل لها لانه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لوجب بعد الوطء.

ويحتمل ان تكون عدتهن من حين اسلم لانهن بين باسلامه وأما يبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا اسلم احد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتهن فسخ لأنها تثبت باسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كمدة المطلقات لأنها عدة من فسخ نكاحها وان ماتت احدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله ان ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وان اختار اقل من أربع أو اختار ترك الجميع امر بطلاق أربع او عام الأربع لان الأربع زوجات لا يبين منه الا بطلاق أو مايقوم مقامه فاذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين

(مسئلة) (فان مات فعلى الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى ان من كانت منهن حاملاً فعدها بوضعه لان ذلك تنقضي به العدة في كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدها عدة الوفاة لأنها أطول العدتين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء وأربعة اشهر وعشر لتنقضي العدة ييقين لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة او مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحببنا اطولها لتنقضي العدة ييقين كما قلنا فيمن نسي صلاة لا يعلم عينا عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المفني والكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح

والقول الاول لا يصح

(مسئلة) (والميراث لأربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتي يصطلحن وسندكر هذا في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى ، وان اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لان الحق لهن

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد وأما الجب فانه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغيب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغيب الحشفة فكان وطأ صحيحاً فان كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج عن العنة الا بتغيب جميع الباقي لانه لا أحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغيب جميعه ولانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء (والثاني) يعتبر تغيب قدر الحشفة ليكون ما يجزئ من المقطوع مثل ما يجزئ من الصحيح وللشافعي قولان كذا بين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر لانه ليس بمحل للوطء فأشبهه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان وان وطئ في القبل حائضاً أو نفساء

(فصل) وإذا أسلم قباهن وقلنا تعجل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام وان قلنا تقف على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا انهن بن مذاخلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا ان طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن وان كان وطئن تبينا انه وطئ غير نسائه وان آلى منهن أو ظاهر أو قذف تبينا ان ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا انها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامراته وكذلك ان كان وطؤه قبل طلاقها وان طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله ان يتزوج منهن لانه لم يقع طلاق بهن

(فصل) ولو أسلم ونحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف الى أن يسلم البواقي فان مات اللائي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات واه اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بمقد وأما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وان أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت ففسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ انما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس بوقت للاختيار لانها جارية الى ينوثة فلا يصح اسما كها وان فسخ نكاحها لم يفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وان نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة علي أربع أو أسلم زيادة فاخترها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والاباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر ولأنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكره غير صحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لما منع أولها من شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنفي به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) وإن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا نسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال أنه يختبر بزواج امرأة أخرى ويحكي ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لأن العنة خافعة وجبلة لا تغير بتغيير النساء فإذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

(فصل) وإن قال كما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير مهين ، وإن قال كما أسلمت واحدة اخترت فسح نكاحها لم يصح أيضا لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا بإسكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، فإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال كما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار ، وكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقة (والثاني) لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) إذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لأن الاختيار استدامة للنكاح وتعيين للمنكحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضي المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الأحرام كالرجعة

(فصل) فإن أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لأنهن أسن بزواج له وإن مات بهن فله الاختيار من الجميع فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه ، وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وإن لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فإن وطئ الجميع قبل أسلمن فاختار أربعاً منهن فليس لمن إلا المسمى لأنهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر المثل لوطء الثاني لأنهن أجنبيات ، وإن وطئن بعد أسلمن فالوطءات أولاً المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حق من فرضي به من سقط حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق إحداها لفراط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى ، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنته أبداً

(مسئلة) (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كأن الخرق أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبرها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لا تنا تنتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه هنا يتينا فلا حاجة إلى الانتظار . قال القاضي ويلزم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم وتحت أختان منهما واحدة . هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد ، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة

ولنا ما روى الضعك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله إني أسلمت وتحتي أختان . قال « طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ولأن أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الإسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق إحداها قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حباله وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لأن المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلمت في عدة الأولى فله أن يختار منهما لأنه أسلم وتحت أختان ، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها فإن فعل لم يصح النكاح الثاني فإذا أسلمت الأولى في عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به (فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختر إحداها لم يبطأها حتى تنقضي عدة الأخرى لئلا يكون واطئاً لأحد الأختين في عدة الأخرى وكذلك إذا أسلم وتحت أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانياً فاختر أربعاً منهن وفارق أربعاً لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئاً لأكثر من أربع ، فإن كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، وإن كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وإن كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد ثبت بها الخيار فان الخيار ههنا انما يثبت بالجلب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لاننا لم نتيقن غنته والجلب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالعيوب الحادث، وفي بعض الفسخ قبل الدخول ومضاهما واحد ويحتمل أنه انما استحق الفسخ ههنا بالجلب الحادث لانه متضمن مقصود الغنة في العجز عن الوطء، ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت غنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فالقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختر أحدهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلاهم جميعا فلا نستحق مهر أكمل لو فسخ النكاح لميب في أحدهما ولأنه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته ثم أسلمها قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختر أربعا وانفسخ نكاح الواقفي فلا مهر لمن فيما ذكرنا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن كانتا أما وبناتا ولم يدخل بالام انفسخ نكاحهما، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما) أما اذا كان اسلاهم جميعا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لان عقد الشراك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام وكأنه لم يعتد على البنت

والما قول الله تعالى (وأهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه، ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فإذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى، وقرههم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وإنما اختصت الام بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأييد فلم يكن له اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمرها فتميز النكاح في أمها بخلاف الاختين

(فصل) فان كان دخل بالام أو بهما حرم نكاحهما على التأييد الام لاسيما أم زوجته والبنت لأنها ربيبة مدخول بأمرها. قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوفاً ، وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لا تستحلف لان ما يبعد جداً لا يثبت اليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في إقراره ، وهل يتبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الحرق فيهما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بمذرتها لم تنقطع المدة وان كان بعد انقضاء المدة فخكه كحكم من اعترف انه لم يطأها ، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها قالوا قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ، وان ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر قال قول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز واشوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم فان دخل بالبنات وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بهما ، فان لم يسلم معه إلا احدهما كان الحكم كما لو أسلمنا معه ، فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وإن كان قد وطئ احدهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة ، وإن لم يكن وطئ واحدة منهما فله وطئ أيتها شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد ونحوه زوجتان قد دخل بهما وأسلمتا في العدة فمما زوجتاه وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم المبد فيما زاد على الاربع ، فاذا أسلم ونحوه زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحه حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لان له الجم بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في الحر فلو كان تحتها حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة أو أمة وليس لأمة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لانها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقبته بالاسلام ولا تجددت حرمتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معيها تعلم عيبه ثم أسلم . وذكر القاضي وجهاً أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل) ولو أسلم ونحوه أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع اسلامهم لانه حر ، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً - بين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم ونحوه امرأة فأسلمن معه ثم أسلم معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يختار الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار بالاسلام الاولين (فصل) فان تزوج أربعاً من الاماء فأسلمن وأعتق قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتقن

(مسئلة) قال (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها اخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بهني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها ، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الحرقى فيها روايتين (إحداهما) انه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء ، فان أخرجه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت انه ليس بهني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه شبيه بيباض البيض وذلك اذا وضع على النار تجمع ويس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها (والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

تحت عبد وانما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة ، فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح ، وإن أسلم في العدة بن بفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لانهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قباهن عتقن في أثناء العدة التي يكن لزوج تلافى النكاح فيها فأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى أسلم لزوج فهن كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ لان تركن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى البينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخرن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بأقائتهن على الشرك بخلاف التي قباهن وإيس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله ، فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي انه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحال اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لان اختيارهن الإقامة ضد الحالة التي هن عليها وعي جريانهن إلى البينونة فأشبهه ما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردها وهذا يبطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثم عتقت فاخرت زوجها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم وتيمته اماء فأسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الاسلام ممن نحل له الاماء فله الاختيار منهن والا فسد نكاحهن اذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عاديا لطول خائفاته فله أن يختار منهن واحدة فان

الرأي وابن المنذر لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه وجنبته أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمكر في سائر الدعاوي وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فتوبنا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوي الذي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ «واكن اليمين على المدعى عليه»

قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف به على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ما قال الحرقى لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروي عن أحمد رواية ناشئة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاهما القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق للاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له

كانت لانه فله أن يختار منهن من تعفى في احدى الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قدمي ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط شروط العقد أشبه الرجعة ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمقدمة من غيره وذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عتقهن فالحكم كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل يبين بمجرد اسلامه اثلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة كاسلامهن معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدامة النكاح في أمة كتابية

(مسألة) (فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احدهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئا لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان معسر كان له اختيارها فاذا كان موسرا بطل اختياره ، وان أسلمت الأولى وهو معسر فلم يسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أيسر كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان له ذلك فتغير حاله لا يسقط ما ثبت كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من المال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسئل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت أنه يطا كذبت الاولى، ورثانية بالخيار بين الافاء والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبت به فرق بينه وبينها وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب اليه: أن زوجه بأمرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسقى اليها المهر من بيت المال عنه فان أصابها قد كذبت وان لم يصيبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي: يشهد امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجماع امرأته فاذا قام عنها نظرنا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك الا أنه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الایاء ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد

(مسألة) (وان أسلمت احدها من بعده ثم عنتت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة بحالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعهما على الاسلام كانت أمة، وان عنتت احدها من ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يمكن له أن يختار من الاماء لانه ملك لهصمة حرة حين اجتماعهما على الاسلام .

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذا إذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون عنده من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يضمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وبن البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في المدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعددهن من حين الاختيار، وان أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره، وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فان أسلم البواقي في عدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وان لم يسلمن بن باختلف الدين وعدتهن منه . وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختيارا لها وحكم ذلك حكم ماله اختيارها صريحا لان ايقاع نكاحه عليها يتضمن اختيارها، فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فزاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال لا يفسخ نكاحها . ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى معهن . فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي انه لا يصح اختياره لها لان فسخه انما لم يصح مع إقامة البواقي على

يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وط فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز
السليم القادر عن الوط في بعض الاحوال، وليس كل من عجز عن الوط في حال من الاحوال أروقت
من الاوقات يكون عنيماً، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ولأنه
قد يعين عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية ان كان مؤقتاً أو غير لازم فهو نكاح باطل
والوط فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد
بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وإيست بأحق أن يقبل قولها من الاولى، ولأن الرجل لو أقر
بالعبر عن الوط في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك، وأكثر ما في الذي ذكره ان يثبت عجزه عن الوط
في اليوم الذي اختبروه فيه فإذا لم تثبت عنته بإقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه اولي

(مسئلة) قال (واذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له
أن ينكح بغير ذلك بعد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً)

والخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ،
قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء)

الكفر حتى تنقضي العدة لأننا تبينا أن نكاحها كان لازماً فإذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال فصار
كنهن أسلمن في ذلك الوقت فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها .
وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل اسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود في
الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(مسئلة) (وان أسلم ونحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عتدها قبل أن أو بعد من انفسخ نكاحهن)
إذا أسلم ونحته حرة وإماء ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كهن فإنه يلزمه
نكاح الحرة وبفسخ نكاح الاماء، لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد
مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء، فثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء
فان لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وان أسلمن في
مدهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها . فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم
بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عتدها قبل اسلامها فتبين
باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عتدها فثبت نكاحها ويبطل
نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضت عتدها لأنها
لا نعيم أنها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثاً قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولأننا تبينا أن النكاح

فليس ثم خاق ثالث، ولا يخلو الخشى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء، فاختلاف أصحابنا في نكاحه فذكر الحرقى أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء، فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهة وإيس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه يميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات يميل الذكر إلى الأنثى وميلاها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو دينه قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح ومالا يثبت حقا على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء، وإن أسلمت في عدتها بأن أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبني الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فإن أسلم وتحتته إماء وحررة فأسلمن ثم عتقن قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الأمة لا يجوز لتأدير على حرة وإنما يعتبر حاله حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ثم ينظر فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار إلا واحدة اعتبارا بحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحهن وانقطعت عصمتهم فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم أسلم فلا عبرة باختياره لأن الاختيار لا يكون موقوفا، فإذا ان عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصلية وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن وإن أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذا ذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحتته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحتته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لافراجه بطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الشافعي ، وقال ابو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبنا للشافعي وذلك لانه لم يتحقق وجود ما يبيع له النكاح فلم يبيع له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل اني رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع اليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرها في نكاحه ولانه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره ولانه قد اشتبهه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه

(مسألة) قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما اذا زنيا والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء) ذكر الحرق رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحصان ونحن نؤخره الى الحدود فانه أخص به والله أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي الا اثنتان لزمه نكاح الرابع ، وان أسلم الجميع في المدة كلف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لا معنى لانتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا قال شيخنا والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المغني ، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا .

(مسألة) (وان أسلم عبد وتحتته اما فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن) لانه حالة اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الاماء .
(مسألة) (وان أسلم وأعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حالة اجتماعهم في الاسلام كان حراً فيشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير

وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منها وأوله (كتاب الصداق)

فهرس محتويات الجزء السابع من كتابي المفني والشرح الكبير

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٢ | كتاب الفرائض |
| ٣ | حجب الاخ والاخت بالابن وابن الابن وبالاب . أسباب التوارث |
| ٤ | حجب الاخ والاخت لام بالولد وولد الابن والاب والجد |
| ٥ | بيان الكلالة ومعناها وقول أهل العلم فيها |
| ٦ | تعصيب الاخوات للبنات . ميراث ذوي الفروض |
| ٧ | كون بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن |
| ٨ | سقوط بنات الابن بالبنات الا اذا عصبن الذكر |
| ٩ | الدليل الذي ثبت به فرض البنين واختلاف العلماء فيه |
| ١٠ | تعصيب ابن الابن لمن في درجته مثل اخوته وبنات عمه |
| ١١ | اجتماع بنات الابن مع بنت الصلب |
| ١٣ | الاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الابوين |
| ١٤ | عند عدمهن |
| ١٤ | فروع في توريث الاخوات من الاب |
| ١٥ | بيان الذكور الذين يعصبون اخواتهم |
| ١٦ | ميراث الام للثلاث اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن |
| ١٧ | ميراث الاب للسدس مع الولد الذكر أو ولد الابن |
| ١٨ | ميراث الزوج للنصف عند عدم الولد |
| ١٩ | ميراث العصبه وأولاهم بالارث |
| ٢٠ | المستثنان العمر بتان . وبيان حكمها |
| ٢١ | المسئلة المشتركة وحكمها والمذاهب فيها |
| ٢٧ | ميراث ابن العم اذا كان أحدهما أخا لام |
| ٢٨ | فروع ومسائل في ميراث ابناء العم |
| ٣١ | باب أصول السهام والفرائض التي تعول |
| ٣٢ | المسائل التي يجتمع فيها نصف وسدس أو نصف وثلث أو ثلثان وبيان عوّلها |
| ٣٤ | بيان بعض مسائل العول وضابطها وعوّلها |
| ٣٦ | فصول في تصحيح المسائل وقسمتها قسمه صحيحة |
| ٣٧ | بيان المسائل التي يكون فيها الكسر على فريقين |
| ٣٨ | حكم ما اذا كان الكسر على ثلاثة أحياز |
| ٤٠ | بيان الموافقة والمناسبة والمباينة والطريق فيها |
| ٤١ | المناسخات ومعناها |
| ٤٢ | القسمة على قراريط الدينار |
| ٤٤ | قسمة التركات |
| ٤٦ | مسائل الرد وبيان من برد عليه من الورثة |
| ٥٢ | ميراث الجدات |
| ٥٣ | فرض السدس للجدات وإن كثرن |
| ٥٤ | جواز توريث جدتين وإن علتنا |
| ٥٥ | الخلافا في توريث ما زاد على جدتين |
| ٥٦ | ميراث القربي من الجدات دون البعدي |
| ٥٧ | اجتماع جدة ذات قرابتين مع أخرى |
| ٥٨ | توريث الجدة من قبل الاب في حياة ابنها |
| ٦٠ | مسائل في ميراث الجدات المتساويات في الدرجة |
| ٦٢ | بيان من يرث من الرجال والنساء |
| ٦٣ | باب ميراث الجد |
| ٦٤ | فروع في ميراث الجد والاخوة |
| ٦٧ | كيفية توريث الجد مع الاخوة والاختلاف فيه |
| ٦٨ | مذهب في إعطاء الجد الا حظ من المقاسمة وثلث المال |
| ٦٩ | ميراث الجد والاخوة اذا كان معهم اصحاب فرائض |
| ٧٠ | كون الجد لا ينقص عن سدس المال أبداً |
| ٧١ | استواء الثلث والمقاسمة للجد |
| ٧٢ | مسائل في ميراث الجد للثلث |
| ٧٣ | المسائل التي تكون فيها المقاسمة للجد خيراً من الثلث |

| صفحة | صفحة |
|------|---|
| ٧٥ | بيان المسألة الاكدرية وحكمها والمذاهب فيها ١٤٩ |
| ٧٨ | بيان المسألة الخرقاء وحكمها واختلاف الصحابة فيها |
| ٨٠ | مسائل مختلفة في ميراث الجد مع الاخوة |
| ٨٢ | باب ميراث ذوي الارحام وعددهم |
| ٨٥ | كيفية توريث ذوي الارحام والمذاهب فيه |
| ٨٨ | اعطاء جميع التركة لمن انفرد من ذوي الارحام |
| ٩٠ | مسائل متنوعة في توريث ذوي الارحام |
| ٩٢ | تقديم الرد والولى المعتق على ذوي الارحام |
| ٩٣ | توريث ذوي الارحام مع الزوج والزوجة |
| ٩٤ | المسألة التي تعول من مسائل ذوي الارحام |
| ٩٥ | توريث الذكور والانات من ذوي الارحام بالسوية |
| ٩٦ | مسائل في النسوية بين الذكور والانات من ذوي الارحام |
| ١٠٥ | بيان مذهب أهل التنزيل وأهل القراية |
| ١١٣ | أحكام ميراث الخنثى المشكل |
| ١١٨ | ميراث الخنثى في حال دون حال |
| ١١٩ | تعدد الخنثى الوارث وحكمه |
| ١٢٠ | حكم من لم يبين فيه علامة الذكورة ولا الانوثة |
| ١٢١ | أحكام ميراث ابن الملاعنة |
| ١٢٦ | حكم ما إذا لم يترك ابن الملاعنة ذاً سهم |
| ١٢٧ | تكذيب الملاعن نفسه بعد قسم ميراث ابن الملاعنة |
| ١٢٨ | ميراث ابن ابن الملاعنة |
| ١٢٩ | حكم ميراث ولد الزنا |
| ١٣٠ | بيان ان العبد لا يرث ولا يورث |
| ١٣١ | ميراث الاسير والمدبر والمكاتب |
| ١٣٢ | فروع في ميراث المكاتب |
| ١٣٣ | ميراث المبعوض والميراث منه وحجبه |
| ١٤٤ | بيان ما يستحقه المقر به من الميراث |
| ١٤٥ | إقرار جميع الورثة بوارث أو إقرار الميت به |
| ١٤٦ | إقرار الابن الواحد بأخ من أبيه |
| ١٤٩ | إقرار الابن بأخويه دفعة واحدة |
| ١٥٢ | إقرار البنات والاخت لصغيرة |
| ١٥٤ | إقرار الابن بأخ ثم جده |
| ١٥٧ | إقرار من أعتقه المسألة بمن يصبه |
| ١٥٩ | إقرار الوارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه |
| ١٦٠ | إقرار أحد الورثة بأن الوصي له اخوالميت |
| ١٦١ | كون القاتل لا يرث من المقتول شيئاً عمداً كان القتل أو خطأ |
| ١٦٢ | كون المانع من الارث انما هو القتل بغير حق |
| ١٦٥ | الاجماع على ان الكافر لا يرث المسلم ولا المسلم الكافر |
| ١٦٧ | توارث الكفار إذا كان دينهم واحداً |
| ١٦٨ | توارث أهل الملة الواحدة وإن اختلفت ديارهم |
| ١٧٠ | المرتد لا يرث احداً إلا ان يرجع قبل قسمة التركة |
| ١٧١ | كون من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له |
| ١٧٤ | جعل مال المرتد ميتاً إذا مات على رده |
| ١٧٦ | كون الزنديق كالمتردد لا يرث ولا يورث |
| ١٧٧ | فسخ النكاح وعدم اتوارث بين الزوجين بارتدادهما معاً |
| ١٧٨ | بيان ميراث المجوسي ومن جرى مجراه |
| ١٨٠ | الميراث بجميع القرابات إذا أمكن |
| ١٨١ | فروع في الميراث بجميع القرابات |
| ١٨٢ | المسائل التي يجتمع فيها قرابتان يمنع الارث بهما |
| ١٨٥ | حكم ما إذا وطئ مسلم بعض محاربه بشبهة |
| ١٨٦ | حكم ما إذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم |
| ١٨٧ | حكم ما إذا ادعى كل وارث أن موروثه مات آخر |
| ١٨٩ | حكم ما إذا غرق اخوات أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو |
| ١٩٠ | حكم ما إذا غرق ثلاثة أخوة لا بوين أو مفترقين |

| صفحة | صفحة |
|---|---|
| ١٩٢ كون من لا يرث لا يحجب كالرفيق والقاتل | ٢٤٣ بطلان بيع الولاء وهبته |
| ١٩٣ كون المحجوب قد يحجب كالاخوة يحجبون الام | ٢٤٥ كون عتق السائبة لا ولاء فيه |
| ويحجبون بالاب | ٢٤٧ عتق ذي الرحم المحرم ملك محرمه له |
| ١٩٤ بيان ميراث الحمل والمذاهب فيه وأحواله | ٢٤٩ ولاء المكاتب والمدير لسيدها |
| ١٩٧ الشروط التي تشتت لميراث الحمل | ٢٦١ فصل في دور الولاء |
| ٢٠٠ مسائل في استهلال أحد التوأمين اذا لم يعلم بعينه | ٢٦٣ باب ميراث الولاء |
| ٢٠٢ استهلال أحد التوأمين ثم استهلال الآخر | ٢٦٥ مسائل في ميراث النساء للولاء |
| ٢٠٣ ميراث غرة الجنين الواجبة بالجنابة على أمه | ٢٦٩ كون الولاء انما يكون لا قرب عصبة المعتق |
| ٢٠٤ ميراث دية المقتول والخلاف فيها | ٢٧٣ ميراث العصابات لولاء المولى |
| ٢٠٥ ميراث المفقود وأنواعه | ٢٧٤ مسائل في بيان أولى الولاية بارث الولاء |
| ٢٠٦ فروع في ميراث المفقود وأحكامه | ٢٨٠ (كتاب الوديعة) |
| ٢١٠ مسائل مختلفة في ميراث المفقود | ٢٨٢ المسائل التي تضمن فيها الوديعة |
| ٢١٢ استواء نكاح المرض والصحة في صحة العقد | ٢٩٠ ادعاء الوديعة عند رجل وإنكاره لها |
| والميراث | ٢٩٤ ادعاء رجلين الوديعة وإقرار المودع لاحدهما |
| ٢١٣ ميراث الزوجين قبل الدخول وعدم ثبوته في | ٢٩٧ باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة |
| النكاح الفاسد | ٢٩٩ تقسيم خمس الفيء والغنيمة على خمسة أسهم |
| ٢١٤ فروع تتعلق بالميراث في النكاح الفاسد | ٣٠٢ تقسيم سهم رسول الله ﷺ في الكراع |
| ٢١٧ الطلاق وانتوارث فيه | والسلاح والمصالح |
| ٢٢٠ الطلاق الثلاث في المرض قبل الدخول | ٣٠٤ تقسيم سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب |
| ٢٢١ تطليق المدخول بها رجعيًا ومرض الرجل | ٣٠٧ تقسيم خمس امساكين وخمس ابن السبيل |
| في العدة | ٣١١ أحكام تقسيم الفيء بين جميع المسلمين |
| ٢٢٤ تعليق الطلاق في الصحة على شرط وجد | ٣١٢ اعطاء أربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة |
| في المرض | ٣٢١ أحكام الرقاب وهم المكاتبون |
| ٢٢٥ إكراه الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به | ٣٢٢ يجوز للسيد دفع زكاته الى مكانه |
| نكاحها كوطئها | ٣٢٣ لا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه |
| ٢٢٧ فعل المربضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة | ٣٢٤ صنف الغارمين |
| ٢٣٣ فروع في أحكام ميراث المطلقة | ٣٢٥ حكم ما إذا أراد الرجل دفع زكاته الى الغارم |
| ٢٣٤ أحكام اشتراك الرجلين في وطء المرأة | ٣٢٧ الحج من سبيل الله |
| ٢٣٨ كتاب الولاء | ٣٢٨ مسألة ابن السبيل |
| ٢٣٩ ثبوت الولاء للمعتق مع اختلاف الدين | ٣٢٩ كون الاعطاء الى جميع الاصناف غير واجب |
| ٢٤١ ثبوت الولاء للحربي على الحربي | ٣٣٠ استحباب التفريق على ما أمكن من الاصناف |

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٣٣١ | أحكام جوائز السلطان ومذاهب الأئمة فيها |
| ٣٣٣ | كتاب النكاح |
| ٣٣٤ | ثبوت النكاح بالكتاب والسنة والاجماع |
| ٣٣٥ | المذاهب في استحباب النكاح وفي تركه |
| ٣٣٧ | لا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين |
| ٣٣٨ | إذا نكحت المرأة نفسها فنكاحها باطل |
| ٣٣٩ | إذا حكم بصحة العقد حاكم لم يحجز تقضه |
| ٣٤٠ | لا ينقذ النكاح إلا بشهادة مسلمين |
| ٣٤١ | لا ينقذ النكاح بشهادة رجل وامرأتين |
| ٣٤٢ | يصح انعقاد النكاح بشهادة عيدين |
| ٣٤٣ | إذا نكح المرأة نكاحاً فاسداً فالواجب لها مهر مثنائها |
| ٣٤٤ | لاحد في وطء النكاح الفاسد |
| ٣٤٥ | النكاح الفاسد والامور التي يساوي فيها الصحيح |
| ٣٤٦ | بيان أولى الناس بنكاح المرأة الحرة |
| ٣٥٠ | ثبوت ولاية التزويج للسلطان |
| ٣٥١ | أحكام ولاية السلطان للتزويج |
| ٣٥٢ | قيام الوكيل مقام الولي في التزويج |
| ٣٥٣ | فصل في جواز التوكيل مطلقاً ومقيداً |
| ٣٥٤ | يثبت للوكيل ما يثبت للموكل |
| ٣٥٥ | إذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً زوجها إلا بعد |
| ٣٥٦ | الشروط المعتبرة لثبوت الولاية |
| ٣٥٧ | لا يشترط في الولي أن يكون بصيراً |
| ٣٥٨ | يزوج أمة المرأة بأذن من يزوجه |
| ٣٥٩ | يزوج مولاتها من يزوج أمها |
| ٣٦٠ | إذا كان للامة مولى فهو وليها |
| ٣٦١ | أحكام زواج موليته إذا أذنت له |
| ٣٦٢ | إذن المرأة لوليها في تزويجها من غير تعيين |
| ٣٦٣ | أحكام تزويج الكافر المسلمة والمسلم الكافرة |
| ٣٦٤ | تزويج الولي إلا بعد مع حضور الأقرب |
| ٣٦٦ | حكم تزوج المرأة بغير إذن وليها |
| ٣٦٧ | حكم تزوج من يعتبر أذنها |
| ٣٦٨ | أحكام عضل الولي الأقرب ومعنى العضل |
| ٣٦٩ | إذا كان ولي المرأة غائباً زوجها من هو أبعد منه من عصبتها |
| ٣٧٠ | مقدار الغيبة المتقطعة والتي لا يجوز للإبعد التزويج فيها |
| ٣٧١ | إذا زوجت المرأة من غير كفء فالنكاح باطل |
| ٣٧٢ | الرواية الثانية عن أحمد أن الكفاءة ليست شرطاً في النكاح |
| ٣٧٣ | حكم ما إذا رضي بالعقد بعض الأولياء ولم يرض البعض |
| ٣٧٤ | شروط الكفاءة |
| ٣٧٥ | غير قریش من العرب لا يكافئها |
| ٣٧٦ | خلاف في اليسار أشرط هو من شروط الكفاءة |
| ٣٧٧ | فروع فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين |
| ٣٧٨ | كفاءة الموالى لبعضهم وحكم ولد الزنا |
| ٣٧٩ | تزويج الرجل ابنته البكر لمن هو كفؤها |
| ٣٨٠ | حكم اجبار البكر البالغة العاقلة |
| ٣٨١ | فروع في تزويج الاب ابنته البكر البالغة |
| ٣٨٢ | كون الاجبار في النكاح أنما يكون للاب فقط |
| ٣٨٣ | حكم زواج الجارية إذا بلغت تسع سنين |
| ٣٨٤ | استحباب استئذان البكر البالغة |
| ٣٨٥ | إذا زوج ابنته الثيب بغير أذن فالنكاح باطل |
| ٣٨٦ | أذن الثيب الكلام وأذن البكر الصمت |
| ٣٨٧ | النطق بالأذن أبلغ من الصمت |
| ٣٨٨ | فصل في الثيب المعتبر نطقها |
| ٣٨٩ | فصل في المجنونة |
| ٣٩٠ | حكم ما إذا كان وليها الحاكم |
| ٣٩١ | حكم الزواج بدون صداق المثل |

| صفحة | صفحة |
|--|--|
| ٣٩٢ فروع في الزواج | ٤١٧ فروع في الغرور |
| ٣٩٣ تزويج الاب الصبي والبالغ المعتوه | ٤١٨ حكم المدبرة وأم الولد |
| ٣٩٤ كون وصي الاب بمنزله في نكاح الصبي | ٤١٩ لا يثبت أنها أمة بمجرد ادعوى |
| ٣٩٥ امتناع التزويج للصبي والمعتوه بزيادة على | ٤٢٠ ان كان المغرور عبداً فولده أحرار |
| مهر المثل | ٤٢١ حكم مالو شرطها مسلمة فبانت كافرة |
| ٣٩٦ نكاح المحجور عليه للسفه وأحواله | ٤٢٢ حكم مالو تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة |
| ٣٩٨ امتناع تطليق امرأة المولي عليه على غير الاب | ٤٢٣ فصول في النكاح |
| ٣٩٩ اجبار المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد | ٤٢٥ عتق الامة وجعل عتقها صداقها |
| ٤٠٠ امتناع تزويج العبد وهو كاره الا ان يكون صغيراً | ٤٢٦ عتق المرأة عتقها بشرط أن يتزوجها |
| ٤٠١ تزويج السيد عبده الصغير وحكم مهر امرأته | ٤٢٧ زواج الرجل أتمه بعد عتقها لا يحتاج الى استبراء |
| ونفقتها | ٤٢٨ الالفاظ التي ينعقد بها النكاح |
| ٤٠٣ فروع في شراء الحرة زوجها أو ملكها له | ٤٢٩ كون عقد النكاح يجب أن يكون بالعربية |
| بينة ونحوها | للقادر عليها |
| ٤٠٤ تزويج الولين موليتهما من اثنين | ٤٣٠ تقدم القبول على الايجاب في النكاح |
| ٤٠٦ تزويج المرأة من اثنين وفسخ النكاح بجهل | ٤٣١ الهزل والاكرام في النكاح وتراخي القبول |
| الاول منهما | عن الايجاب |
| ٤٠٧ بطلان النكاح بوقوع عقدين معاً على امرأة | ٤٣٢ امتناع ثبوت الخيار في النكاح |
| واحدة | ٤٣٣ الخطبة في النكاح غير واجبة عند أهل العلم |
| ٤٠٨ دعوى كل من الزوجين أنه السابق واقرارها | ٤٣٤ يستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف |
| لواحد منها | ٤٣٥ يستحب عقد النكاح يوم الجمعة |
| ٤٠٩ اذا زوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل | ٤٣٦ ليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات |
| ٤١٠ اذا دخل العبد بمن تزوجها فعلى سيدها | ٤٣٧ ليس للعبد ان يجمع الا اثنين |
| خمس المهر | ٤٣٨ للعبد ان يتسرى باذن سيده |
| ٤١١ زوج العبد بغير إذن سيده يعلق المهر برقبته | ٤٣٩ للعبد التسري بما شاء اذا أذن له سيده |
| يفديه به السيد | ٤٤٠ اذا أذن السيد لعبده أن يتسرى فليس له |
| ٤١٢ ان كان المهر الواجب على العبد زائداً على رقبته | أن يرجع |
| لم تلزم السيد الزيادة | ٤٤١ حكم مالو طلق الحر أو العبد الخ |
| ٤١٣ اذا زوج أمة على أنها حرة فأصاها وولدت | ٤٤٢ حكم مالو أسلم زوج المجوسية والوثنية الخ |
| منه فالولد حر | ٤٤٣ اذا زنى بامرأة فليس له أن يتزوج أختها حتى |
| ٤١٥ مسائل في الفداء والضمان | تنقضي عدتها |
| ٤١٦ الفصل الرابع في المهر | ٤٤٤ من خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح |

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٤٤٥ | من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين |
| ٤٤٦ | حكم ما لو كانت له ابنتان الخ |
| ٤٤٧ | حكم ما لو كانت له ابنة واحدة فقال زوجته |
| ٤٤٨ | ابنتي |
| ٤٤٩ | اشتراط المرأة تزويجها طلاق ضررها وبطلانه |
| ٤٥٠ | الشروط الباطلة التي يصح العقد معها |
| ٤٥١ | النسوة التي تبطل النكاح من أصله |
| ٤٥٢ | اشتراط الخيار في الصداق خاصة لا يبطل النكاح |
| ٤٥٣ | جواز النظر الى الحرة لمن يريد تزويجها |
| ٤٥٤ | أحكام نظر الرجل الى المرأة |
| ٤٥٦ | معنى ذوات المحارم وحكم النظر اليهن |
| ٤٥٧ | جواز نظر العبد الى وجه سيده وكعبها |
| ٤٥٨ | حكم نظر الملام الى المرأة ونظر كل من الزوجين |
| ٤٥٩ | الى الآخر |
| ٤٥٩ | اباحة نظر السيد الى جميع بدن أمته وحكم |
| ٤٦٠ | النظر للاجانب |
| ٤٦١ | تحريم نظر الرجل الى الاجنبية بدون سبب |
| ٤٦٢ | النظر الى المعجوز التي لا تشتهى والى الامة |
| ٤٦٣ | النظر الى الطفلة التي تصلح للنكاح |
| ٤٦٤ | حكم نظر الرجل الى الرجل |
| ٤٦٥ | حكم نظر المرأة الى المرأة |
| ٤٦٦ | أحكام نظر المرأة الى الرجل |
| ٤٦٧ | الشروط التي تصح في عقد النكاح |
| ٤٦٨ | فروع في تزوج الامة من غير شرط |
| ٤٦٩ | استحباب اختيار ذات الدين لمريد الزوج |
| ٤٧٠ | بيان ما ينبغي للمتزوج أن يتخيره من النساء |
| ٤٧١ | باب ما يحرم نكاحه والمحرمات بالانساب |
| ٤٧٢ | أنواع المحرمات بالانساب وتحريم السبب |
| ٤٧٣ | ما يحرم بالمصاهرة وأقسامه |
| ٤٧٤ | فروع في تحريم نكاح الربيبة |
| ٤٧٥ | بيان ما يحرم بالرضاع |
| ٤٧٦ | التحريم بابن الفحل |
| ٤٧٨ | حرمة الجمع بين المرأة وعمتها وبين خالتها |
| ٤٧٩ | جواز الجمع بين بنتي العم وبين بنتي الخال |
| ٤٨٠ | ما ينتشر اليه التحريم بسبب العقد على المرأة |
| ٤٨١ | بنات المحرمات من النسب والرضاع كهن |
| ٤٨٢ | وطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة |
| ٤٨٣ | الوطء على ثلاثة أضرب : |
| ٤٨٤ | لا فرق فيما ذكر بين الزنا في القبل والدبر |
| ٤٨٥ | يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا الخ |
| ٤٨٦ | حكم من باشر فيها دون الفرج |
| ٤٨٧ | حكم ما لو نظر الى فرج امرأة بشهوة |
| ٤٨٨ | حكم ما لو نظرت المرأة الى فرج رجل بشهوة |
| ٤٨٩ | حكم ما لو تزوج اختين في عقد واحد |
| ٤٩٠ | فصل في المهر |
| ٤٩١ | حكم ما لو تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد |
| ٤٩٢ | حكم ما لو اشترى اختين فأصاب أحديهما |
| ٤٩٣ | فصول في الجمع بين الاختين في الملك |
| ٤٩٤ | حكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج |
| ٤٩٥ | حكم ما لو تزوج الامة الموطوءة أو أخرجها |
| ٤٩٦ | عن ملكه |
| ٤٩٧ | لا بأس بالجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته |
| ٤٩٨ | من غيرها |
| ٤٩٩ | حكم ما لو تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها |
| ٥٠٠ | حرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال |
| ٥٠١ | للمسلمين |
| ٥٠٢ | أهل الكتاب هم أهل التوراة والانجيل |
| ٥٠٣ | لا تحل ذبايح الخوس ولا نكاح نسائهم |
| ٥٠٤ | حكم سائر الكفار غير أهل الكتاب |
| ٥٠٥ | حكم ما لو تزوج كتابية فانتقلت الى دين آخر |
| ٥٠٦ | فروع في نكاح المنقل من دينه الى دين آخر |
| ٥٠٧ | حل الامة الكتابية لسيدها دون المجوسية |

| صفحة | صفحة |
|---|--|
| ٥٩٦ | ٥٧٢ نهي النبي ﷺ عن متعة النساء |
| ٥٩٧ | ٥٧٣ حكم ما اذا تزوج المرأة على ان يطلقها في وقت بعينه |
| أو بعده | |
| ٥٩٨ | ٥٧٤ بطلان نكاح المحلل |
| ٥٩٩ | ٥٧٥ حكم ما اذا شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد الخ |
| ٦٠٠ | ٥٧٦ حكم عمر في قصة ذي الرقعتين |
| ٦٠١ | ٥٧٧ حكم ما لو شرط عليه أن يحاها قبل العقد |
| وازوجها عليها | |
| ٦٠٢ | ٥٧٨ حكم ما لو عقد المحرم نكاحا الخ |
| باب أجل العنين والخصي غير المحبوب | |
| ٦٠٣ | ٥٧٩ حكم ما لو وجد أحد الزوجين بصاحبه جنونا |
| العنة وأحكامها وفسخ النكاح بها | |
| ٦٠٤ | ٥٨٠ الفصل الثاني في عدد العيوب المحوزة للفسخ |
| أجل العنين وابتدأؤه وكيفية ثبوت العنة | |
| ٦٠٥ | ٥٨١ الاختلاف في عدد العيوب التي تجوز للفسخ |
| رجعة العنين بعد الفسخ انما تكون بنكاح جديد | |
| ٦٠٦ | ٥٨٢ الخيار بغير ما ذكر من العيوب |
| أحكام الخصي وكونه كالعينين | |
| ٦٠٧ | ٥٨٣ حكم ما لو كان بكل من الزوجين عيب |
| دعوى العنين | |
| ٦٠٨ | ٥٨٤ اعتبار في شروط ثبوت الخيار |
| علم المرأة بعنة زوجها بعد الدخول | |
| ٦٠٩ | ٥٨٥ اذا فسخ قبل المسيس فلا مهر له |
| رضاء المرأة بعنة الرجل يبطل خيارها | |
| ٦١٠ | ٥٨٦ حكم ما لو كان الفسخ بعد الدخول |
| بطلان دعوى العنة بعد اعتراف المرأة بوصوله اليها | |
| ٦١١ | ٥٨٧ حكم ما علم بالعيب وقت العقد أو بعده |
| بيان الوطء الذي يخرج به من العنة | |
| ٦١٢ | ٥٨٨ حكم ما لو طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب |
| كون وطء امرأة لا يخرجها عن العنة في حق غيرها | |
| ٦١٣ | ٥٨٩ ليس لولي الصغير والصغيرة والامة تزويجهم بمعيب |
| ثبوت الخيار للمرأة بمجبب العنين قبل الحول | |
| ٦١٤ | ٥٩٠ لا يجوز تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها |
| دعوى المرأة عنة زوجها وادعاؤه وطأها | |
| ٦١٦ | ٥٩١ اذا عتقت الامة وزوجها عبد فإها الخيار |
| دعوى الرجل وطء الثيب وانكارها | |
| ٦١٩ | ٥٩٢ فرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق |
| دعوى الخنثى المشكل أنه رجل وأحكامه | |
| ٦٢٠ | ٥٩٣ حكم ما لو أعتنى قبل ان تختار |
| أحكام الخنثى المشكل وميراثه وديته | |
| ٦٢١ | ٥٩٤ ان وطئها بطل خيارها |
| بيان شرائط الاحصان | |
| | ٥٩٥ حكم ما لو أعتق العبد والامة دفعة واحدة |